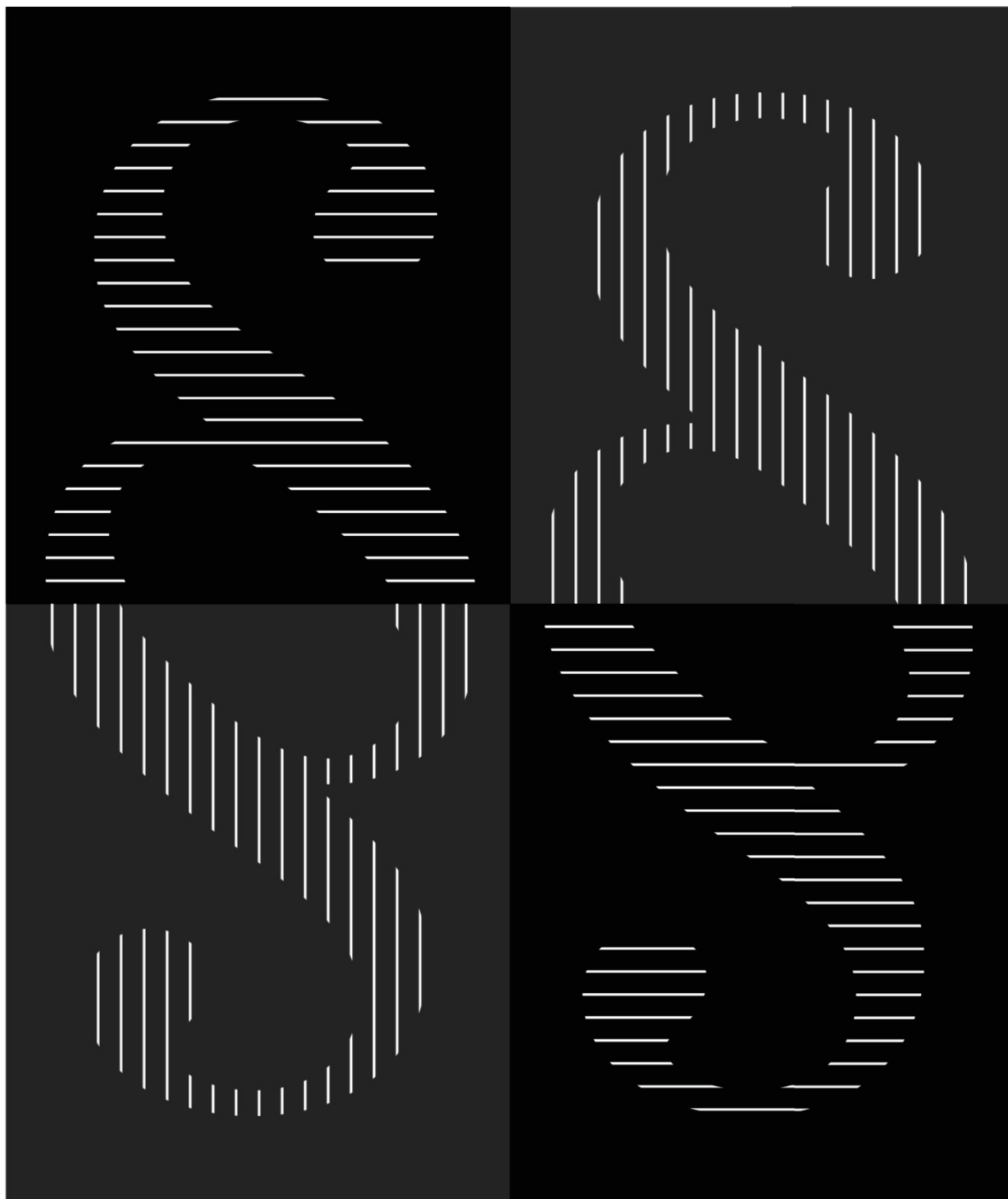


# Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 8 / 2016 (30)

ISSN 1689-9601 | [www.ipp.tbsp.pl](http://www.ipp.tbsp.pl)



## **Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2016/8**

### **Autorzy**

Małgorzata Banaszkiewicz, Łukasz Chyla, Mateusz Gerlach, Justyna Glinka,  
Mateusz Grześków, Hubert Kruk, Ireneusz Dawid Książek, Mateusz  
Lewandowski, Martyna Marczevska, Kamila Możdżeń, Ariel Mucha, Sylwia  
Nowak, Małgorzata Stępień

### **Korekta językowa**

Maja Wisła-Szopińska

### **Kolegium Redakcyjne**

Marcin Biskupski, Karim Boudjouher, mgr Kamil Burski, mgr Paweł  
Dziwiński, Jakub Grygutis, mgr Maciej Hadel, mgr Kamil Mamak, mgr Ariel  
Mucha (redaktor naukowy) mgr Mateusz Nowak, Maja Wisła-Szopińska  
(redaktor naukowy)

### **Adres redakcji**

ul. Straszewskiego 25/9, 31–007 Kraków  
internetowypp@gmail.com, [www.ipp.tbsp.pl](http://www.ipp.tbsp.pl)

### **Wydawca**

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

**ISSN 1689-9601**

## Spis treści

Ariel Mucha, UJ

<b>Słowo wstępne .....</b>	<b>5</b>
----------------------------	----------

Małgorzata Banaszkiewicz, UW

<b>Transgraniczne przekształcenie spółki a potrzeba przyjęcia Czternastej Dyrektywy – uwagi na tle orzecznictwa TSUE .....</b>	<b>7</b>
--	----------

Mateusz Gerlach, UJ

<b>Prawo wydawania wiążących poleceń w świetle europejskiej ustawy modelowej o spółkach oraz propozycji Forum Europaeum on Company Groups.....</b>	<b>25</b>
--	-----------

Martyna Marczevska, UW

<b>Dobre praktyki oraz zasada <i>comply or explain</i> w świetle regulacji unijnych oraz najnowszych Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW .....</b>	<b>40</b>
---	-----------

Kamila Możdżeń, UJ

<b>European Model Company Act jako nowy instrument harmonizacji europejskiego prawa spółek.....</b>	<b>55</b>
---	-----------

Ariel Mucha, UJ

<b>Opodatkowanie transgranicznego przekształcenia spółki w polskim prawie w świetle orzeczenia TSUE w sprawie c-371/10 <i>National Grid Indus BV</i> oraz projektu dyrektywy przeciw unikaniu opodatkowania .....</b>	<b>70</b>
---	-----------

Ireneusz Dawid Książek, UJ

<b>Prawne i ekonomiczne ryzyka obowiązku rozliczania instrumentów pochodnych na rynku pozagiełdowym (OTC) poprzez centralnego kontrahenta (CCP).....</b>	<b>90</b>
--	-----------

Hubert Kruk, UJ

<b>Unikanie opodatkowania przez spółki w Unii Europejskiej z uwzględnieniem Dyrektywy Rady 2016/1164 .....</b>	<b>106</b>
--	------------

Mateusz Grześków, UJ

<b>O możliwości implementacji doktryny „piercing the corporate veil” do polskiego prawa spółek i kryteriach jej stosowania .....</b>	<b>121</b>
--	------------

Sylwia Nowak, UJ

<b>Niedokończone sprawy spółki jawnej po jej wykreśleniu z rejestru z perspektywy obowiązków jej wspólników .....</b>	<b>151</b>
---	------------

Łukasz Chyla, Justyna Glinka, UJ

<b>Problematyka zdolności arbitrażowej w perspektywie sporów uchwałowych w spółkach kapitałowych .....</b>	<b>163</b>
--	------------

Mateusz Lewandowski, UW

<b>Status członka zarządu spółki partnerskiej .....</b>	<b>184</b>
---	------------

Małgorzata Stępień, UJ

<b>Odpowiedzialność komandytariusza w razie zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą. Uwagi na tle art. 116 Kodeksu spółek handlowych .....</b>	<b>199</b>
--	------------

## **Słowo wstępne**

### **Ogólnopolska Studencko-Doktorancka Konferencja Naukowa „Europejskie prawo spółek i prawo rynku kapitałowego” Kraków, 21 maja 2016 r.**

Niniejszy numer Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ jest w przeważającej części zbiorem artykułów sporządzonych przez prelegentów Ogólnopolskiej Studencko-Doktoranckiej Konferencji Naukowej „Europejskie prawo spółek i prawo rynku kapitałowego”, która odbyła się w Krakowie w dniu 21 maja 2016 r. Ostatnie lata obfitowały w wydarzenia niezwykle istotne dla problematyki, która stała się przedmiotem zorganizowanej przez Koło Naukowe Prawa Gospodarczego i Handlowego TBSP UJ konferencji. Znalazło to swoje odzwierciedlenie w wyborze tematów poszczególnych paneli konferencji, które stały się dla uczestników okazją do ożywionej dyskusji.

Konferencję otworzył dr Marcin Mazgaj wystąpieniem pt. „Reforma struktury majątkowej spółek kapitałowych w Polsce i na świecie - najnowsze kierunki zmian”. W pierwszej sesji referatowej pt. „Mobilność spółek w Europie – perspektywy” uwagę poświęcono kwestii mobilności spółek w Europejskim Obszarze Gospodarczym, czyli zdolności spółek do zmiany prawa właściwego do oceny ich struktury wewnętrznej lub innych obszarów związanych z ich działalnością i relacjami z innymi podmiotami, np. wierzycielami, pracownikami lub fiskusem. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w ostatnim czasie również polski SN w sprawie IV CSK 664/14 zajął się tą kwestią, postanawiając w dniu 22 października 2015 r. o przesłaniu do Trybunału Sprawiedliwości trzech pytań prejudycjalnych. Dotyczą one zgodności polskich przepisów o przeniesieniu siedziby spółki za granicę ze standardami unijnymi oraz wykładni prawa europejskiego w zakresie kwestii dopuszczalności izolowanego przeniesienia siedziby spółki. Ważnym wydarzeniem na arenie europejskiej było również wystąpienie, które prof. Jessica Schmidt (Uniwersytet w Bayreuth) przedstawiła w Parlamencie Europejskim w dniu 10 czerwca 2016 r., prezentując postulat uchwalenia dyrektywy o mobilności spółek w Europie.

Kolejne dwa panele o tytułach „Europeizacja prawa spółek – Societas Unius Personae i European Model Company Act” oraz „Europejskie prawo spółek a ramy prawne prowadzenia działalności gospodarczej” dotyczyły europeizacji prawa spółek oraz ram prawnych prowadzenia działalności gospodarczej, z naciskiem na kwestie prawnopodatkowe. Szczególnie aktualna i interesująca pozostaje kwestia tworzenia europejskiej modelowej ustawy o prawie spółek (*European Model Company Act* – EMCA). Pomimo że proces tworzenia tego dokumentu ciągle się wydłuża i nadal nie została opublikowana ostateczna jego wersja, to nadal łączone są z nim duże nadzieje na stworzenie nowego mechanizmu harmonizacji prawa państw członkowskich o charakterze miękkim, w przeciwieństwie do dominujących w tym momencie dyrektyw i rozporządzeń unijnych w pełni wiążących swoich adresatów.

Drugą część konferencji otworzyło wystąpienie dra Jacka Dybińskiego pt. „Instrumenty ochrony inwestorów w perspektywie najnowszych zmian w prawie rynku kapitałowego Unii Europejskiej”. Następne dwie sesje referatowe odnosiły się do prawa rynku kapitałowego. Ich tytuły to „Ochrona inwestorów w europejskim prawie rynku kapitałowego jako kluczowy element ładu korporacyjnego” oraz „Europejskie prawo rynku kapitałowego – dalsze kierunki rozwoju”. Szczególną uwagę w ramach tych paneli uczestnicy konferencji poświęcili na rozważenie skutków kryzysu finansowego i jego wpływu na istotne zwiększenie się zakresu regulacji rynku finansowego ustanawianych przez europejskiego ustawodawcę. Uwagze uczestników majowej konferencji nie umknęła także kwestia spodziewanego w przeciągu kilku

tygodni wejścia w życie rozporządzenia MAR, które aktualnie, po upływie kilku miesięcy obowiązywania, nadal stanowi istotne wyzwanie dla podmiotów funkcjonujących na rynku kapitałowym, zobligowanych do dostosowania się do jego przepisów.

Dyskusji sprzyjała atmosfera miejsca, w którym odbywała się konferencja. Dzięki staraniom organizatorów prelegenci i pozostali uczestnicy gościli w Collegium Śniadeckiego otoczonym przez malowniczy ogród botaniczny. Wybór lokalizacji nie był przypadkowy. Chciano w ten sposób nawiązać do jednego ze znanych kryzysów finansowych, holenderskiej „manii tulipanowej” lat 1634-1637, która była zjawiskiem na tyle intrygującym, że nawet znakomity poeta Zbigniew Herbert poddał je analizie w swoim esej „Tulipanów gorzki zapach”. A pisał tak: „Tulipomania - największy znany nam botaniczny obłąd - była epizodem wpisanym na marginesie Wielkiej Historii. (...) Nie jest rzeczą rozsądną wymazać ją z pamięci lub zaliczyć do niepojętych dziwactw przeszłości. Jeśli tulipomania była rodzajem psychicznej epidemii - a tak ośmielamy się sądzić - istnieje prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że któregoś dnia, w tej czy innej postaci nawiedzi nas znowu.”

Pozostaje mieć nadzieję, że niniejszy zbiór studiów poświęconych aktualnym problemom spółek i rynku kapitałowego przyczyni się w jak najszerszym stopniu do bliższej identyfikacji i analizy współczesnych wyzwań polskiego i europejskiego prawa w tym obszarze, a sama publikacja zachęci czytelników do dalszego zgłębiania poruszanych w niej zagadnień.

*Ariel Mucha*

*doktorant w Katedrze Polityki Gospodarczej WPiA UJ*

*współpracownik naukowy Instytutu Allerhanda w Krakowie*

*Kraków, dnia 21 listopada 2016 r.*

**Małgorzata Banaszkiewicz\***

## **Transgraniczne przekształcenie spółki a potrzeba przyjęcia Czternastej Dyrektywy – uwagi na tle orzecznictwa TSUE.**

### **Streszczenie**

Przedmiotem artykułu jest problematyka transgranicznego przekształcenia spółek w świetle dotychczasowego dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz zasady swobody przedsiębiorczości (art.49 i art. 56 TfUE). Ponieważ prawo wtórne UE nie reguluje przedmiotowego zagadnienia, omówiona zostanie potrzeba przyjęcia oraz kształt planowanej Czternastej Dyrektywy ws. transgranicznego przeniesienia siedziby spółki.

W pierwszej kolejności wyjaśnione zostanie wieloznaczne pojęcie „przekształcenie spółki”. Następnie omówione zostaną założenia pierwszego nieoficjalnego projektu Czternastej Dyrektywy z 1997 r. oraz wpływające na zmianę kształtu tego projektu konsultacje społeczne, rezolucje Parlamentu Europejskiego z 2012 r. czy rekomendacje unijnej Grupy Refleksji. Przedstawione zostaną także szczegółowe zagadnienia dotyczące relacji między przeniesieniem siedziby statutowej a przeniesieniem siedziby faktycznej spółki, tj. czy dyrektywa powinna umożliwić transgraniczne przekształcenie bez przeniesienia siedziby faktycznej czy może powinno to leżeć w gestii państwa przyjmującego.

Interpretacja swobody osiedlania się spółek oraz swobody przedsiębiorczości jest kształtowana przez liczne judykaty Trybunału Sprawiedliwości. Mimo reorientacji orzecznictwa TSUE zasadne jest wydanie Czternastej Dyrektywy.

**Słowa kluczowe:** Transgraniczne przekształcenie, czternasta dyrektywa, TSUE .

---

\* Autorka jest absolwentką prawa na Uniwersytecie Warszawskim. Pracuje w kancelarii Mrowiec Fiałek i Wspólnicy sp.j.

## **WSTĘP**

Transgraniczne przekształcenie spółki jest wobec braku odnośnej regulacji wtórnego prawa Unii Europejskiej zagadnieniem wysoce problematycznym. Mimo wielu judykatów wydanych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, interpretacja unijnej swobody przedsiębiorczości w kontekście transgranicznego przekształcenia spółki nadal budzi szereg wątpliwości w piśmiennictwie<sup>1</sup>. Także teoretyczne ujęcie omawianego zagadnienia niesie z sobą wiele trudności związanych z koniecznością odwoływania się nie tylko do pierwotnego prawa Unii Europejskiej i prawa materialnego państw członkowskich, ale także do prawa kolizyjnego - prywatnego prawa międzynarodowego. Celem niniejszej pracy jest omówienie odnośnego orzecznictwa TSUE i nakreślenie wątpliwości dotyczących kształtu Czternastej Dyrektywy, przy jednoczesnym wskazaniu, że przedmiotowa dyrektywa jest potrzebna. Dla jasności wyводу niniejsza praca została podzielona na trzy części, z których pierwsza jest wprowadzeniem wyjaśniającym kluczowe pojęcia, druga odnosi się do orzecznictwa TSUE *in extenso*, trzecia natomiast została poświęcona projektowi i planom wprowadzenia Czternastej Dyrektywy.

## **KLUCZOWE POJĘCIA - WPROWADZENIE**

Samo pojęcie transgranicznego przekształcenia budzi wątpliwości - brak bowiem jego jednolitej wykładni. Może być rozumiane jako przekształcenie się spółki w spółkę prawa obcego przy zachowaniu tożsamości typu spółki (np. spółka akcyjna państwa X przekształca się w spółkę akcyjną państwa Y – jest to tzw. przekształcenie kongruentne, ekwiwalentne<sup>2</sup>) lub też jako migracja spółki do innego systemu prawnego poprzez przeniesienie siedziby statutowej, któremu towarzyszy zmiana szaty prawnej osoby prawnej (np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością państwa X staje się spółką akcyjną państwa Y)<sup>3</sup>. Obok pojęcia transgranicznego przekształcenia niezmiennie często można spotkać w literaturze przedmiotu określenie „transgraniczne przeniesienie siedziby”. Ono także jest nieprecyzyjne

---

<sup>1</sup> P. Błaszczyk, *Przyszłość europejskiego prawa spółek i ładu korporacyjnego w najnowszym Planie działania (Action Plan) Komisji Europejskiej*, PPH 4/2013, s. 23.

<sup>2</sup> Zob. K. Oplustil, *Transgraniczne przekształcenie i podział spółki w świetle prawa europejskiego i polskiego*, KPP 1/2014, s. 75; W. Bayer, J. Schmidt, *Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn*, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 6/2009, s. 760.

<sup>3</sup> A. Dorabalska, *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej spółki w świetle wybranych regulacji krajowych państw europejskich*, PPH 5/2010, s. 53.



– nie wskazuje, czy chodzi o siedzibę statutową (rejestrową) czy może faktyczną (rzeczywistą). Jak wynika z powyższego, pojęcie transgranicznego przekształcenia obejmuje węższy zakres stanów faktycznych, bowiem każdorazowo wiąże się z przyjęciem systemu prawnego państwa przyjmującego przez osobę prawną przenoszącą swoją siedzibę statutową<sup>4</sup>. Takie rozumienie przedmiotowych pojęć nie jest jednak jednolite i powszechnie przyjęte przez doktrynę<sup>5</sup>. Warto jednak podkreślić, że czy to w przypadku transgranicznego przekształcenia czy też transgranicznego przeniesienia siedziby, w procesie tym uczestniczy (odmiennie niż przy innych postaciach restrukturyzacji) jeden podmiot prawa i niekiedy mimo „identyczności” tego podmiotu transgraniczna restrukturyzacja będzie prowadziła do zmiany systemu prawa, któremu spółka będzie podlegać<sup>6</sup>.

Omawiając problematykę transgranicznego przekształcenia spółek, należy wziąć pod uwagę zarówno perspektywę państwa emigracji, jak też państwa imigracji. Każda z tych perspektyw jest w znacznym stopniu kształtowana przez przyjęty w danym państwie sposób wyznaczania statutu personalnego spółki. Innymi słowy, chodzi o to, jaki łącznik siedziby spółki uznaje dane państwo członkowskie – inkorporacji, siedziby statutowej czy siedziby rzeczywistej. To prawo kolizyjne państwa inkorporacji określa i definiuje łącznik, kreując element powiązania pozwalający na uznanie danej spółki za spółkę tego państwa<sup>7</sup>.

Teoria siedziby, w ogólności, łączy statut personalny osoby prawnej z systemem prawnym tego państwa, w którym siedziba ta się znajduje. Siedzibę rzeczywistą osoby prawnej definiuje się bardzo często poprzez odwołanie do miejsca „faktycznego urzędowania organu zarządzającego”<sup>8</sup>, przy czym ustalenie faktycznej siedziby zarządu może rodzić pewne trudności praktyczne<sup>9</sup>. Ze względu jednak na przepisy materialne, które co do zasady wymagają,

---

<sup>4</sup> A. Dorabalska, *op.cit.*, s. 52.

<sup>5</sup> Por. np. K. Oplustil, *Łącznik siedziby spółki w nowym prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na tle prawa europejskiego*, KPP 3/2011, s.668; szczegółowe omówienie poglądów w tym przedmiocie zob. A. Mucha, *Transgraniczne przekształcenie polskiej spółki kapitałowej – uwagi na temat niezgodności art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. z prawem europejskim*, TPP 4/2015, s. 50 i n.

<sup>6</sup> J. Napierała, *Swoboda przedsiębiorczości z perspektywy polskiego prawa kolizyjnego* (w:) J. Kruczałak-Jankowska (red.), *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, LexisNexis 2013, pkt IV.

<sup>7</sup> J. Napierała, *Swoboda przedsiębiorczości...*, pkt II; J. Schmidt, *Cross-border mergers and divisions, transfer of seat: Is there a need to legislate? Study for the Juri Committee*, Workshop on the future of European Company Law, p. 33 i n.

<sup>8</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, LexisNexis 2010, pkt 2.2.2.

<sup>9</sup> K. Oplustil, *Łącznik...*, s. 672.

aby siedziba rzeczywista znajdowała się tam, gdzie siedziba statutowa, teoria siedziby rzeczywistej uniemożliwia transgraniczną mobilność spółki<sup>10</sup>.

Z kolei teoria siedziby statutowej umożliwia przeniesienie siedziby rzeczywistej spółki, bowiem zmiana miejsca prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę jest „neutralna dla ustroju i funkcjonowania spółki jako podmiotu prawa”<sup>11</sup>. Spółka jest podporządkowana prawu tego państwa, w którym znajduje się siedziba spółki wskazana w umowie/statucie/akcie założycielskim państwa, do którego rejestru została wpisana<sup>12</sup>.

Teoria inkorporacji zaś nakazuje określać statut personalny spółki w oparciu o system prawny tego państwa, zgodnie z którym spółka została zawiązana i uzyskała podmiotowość prawną i w ten sposób dozwala na swobodne przeniesienie centrum działalności spółki, ponieważ nie wiąże się to ze zmianą prawa właściwego<sup>13</sup>. Jednocześnie jednak bardzo często prawo materialne państw stosujących teorię inkorporacji nakazuje, by siedziba statutowa była zlokalizowana na terytorium tego państwa<sup>14</sup>.

Określenie łącznika siedziby spółki bywa niekiedy samo w sobie kłopotliwe ze względu na nie zawsze wystarczająco precyzyjne i jasne przepisy kolizyjne państw członkowskich. Jeśli weźmiemy pod uwagę, że przekształcenie transgraniczne obejmuje dwie perspektywy: państwa wyjścia i państwa przyjmującego, sytuacja staje się jeszcze bardziej skomplikowana. Bardziej dogłębna analiza przedmiotowego zagadnienia należy jednak do materii wykładu prawa prywatnego międzynarodowego<sup>15</sup>.

## **MOBILNOŚĆ SPÓŁEK W ŚWIETLE ORZECZNICTWA TSUE**

Początkowo, korzystanie przez spółki prawa handlowego ze swobody osiedlania się ograniczone było praktycznie do korzystania z tzw. swobody „wtórnej”, tj. tworzenia oddziałów lub przedstawicielstw lub spółek zależnych. Dopiero precedensowe wyroki Eu-

---

<sup>10</sup> Na istnienie swobody wyboru prawa właściwego ma wpływ nie tyle przyjęcie samej teorii siedziby, co współistniejące z nią regulacje prawa materialnego. Transgraniczne procesy restrukturyzacyjne będą możliwe, o ile odnośne przepisy materialne będą je dopuszczać.

<sup>11</sup> Ł. Karczyński, *Opodatkowanie przekształceń spółek*, WKP 2011, pkt 5.4.4.

<sup>12</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo ...*, pkt 2.2.2.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Zob. K. Oplustil: *Łącznik...*, s. 636.

ropejskiego Trybunału Sprawiedliwości otworzyły zaryglowane dotąd drzwi pierwotnej swobody osiedlania się (czyli prawo przeniesienia siedziby spółki na terytorium innego państwa członkowskiego)<sup>16</sup>. Analizując kolejno precedensowe wyroki ETS (później TSUE), nie sposób nie zauważyć znacznej reorientacji aksjologii orzecznictwa Trybunału, które urzeczywistniło do pewnego stopnia mobilność spółek na rynku europejskim, przełamując istniejące blokady w swobodnym osiedlaniu się spółek<sup>17</sup>. Szczególnie doniosłe znaczenie orzecznictwa Trybunału dotyczącego przedmiotowego zagadnienia jest tym większe, że brak aktu normatywnego na poziomie prawa wtórnego UE, który regulowałby procedurę przenoszenia spółek, powoduje, że ten typ restrukturyzacji jest obarczony dużym ryzykiem. Niepewność prawna ma dla spółek skutek odstrasżający<sup>18</sup>. Należy bowiem zauważyć, że mimo brzmienia art. 54 TfUE („spółki założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające swoją siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty są traktowane jak osoby fizyczne”), osoby prawne nie korzystają ze swobody przedsiębiorczości w takim samym zakresie jak osoby fizyczne<sup>19</sup>, są bowiem podmiotami wykreowanymi na mocy regulacji prawnych państw członkowskich.

Pierwsze z serii doniosłych orzeczeń zapadło w sprawie *Daily Mail*<sup>20</sup> w 1988 r. Stan faktyczny tej sprawy przedstawiał się następująco. Angielska spółka *Daily Mail* posiadała zarejestrowaną siedzibę w Londynie. Kierując się względami podatkowymi<sup>21</sup>, chciała przenieść siedzibę swojego zarządu do Holandii, przy jednoczesnym utrzymaniu podmiotowości prawnej spółki prawa angielskiego. Zgodnie z prawem angielskim takie przeniesienie kierownictwa wymagało zgody brytyjskiego Ministra Skarbu<sup>22</sup>. Wyrok Trybunału był dosyć rygorystyczny, bowiem sąd ten podkreślił, że spółki powstają i funkcjonują na mocy prawo-

---

<sup>16</sup> A. Opalski, *Kierunki ewolucji europejskiego prawa spółek a polskie prawo spółek*, PPH 11/2009, s. 14.

<sup>17</sup> Szczegółowa analiza orzecznictwa TSUE zob. M. Myszke-Nowakowska, *Transfer siedziby spółki w Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 60-136.

<sup>18</sup> J. Schmidt, *op.cit.*, p. 13.

<sup>19</sup> J. Lowry, *Eliminating obstacles to freedom of establishment: the competitive Edge of UK Company Law*, Cambridge Law Journal vol.63, no.2/2004, s. 331.

<sup>20</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 września 1988 w sprawie C-81/87 (*Daily Mail*), Zb. Orz. 1988, s. 5483.

<sup>21</sup> Zob. M. Myszke-Nowakowska, *Transfer...*, s. 61-67.

<sup>22</sup> I. Kawka, *Gospodarcza działalność usługowa w prawie polskim w świetle unijnych swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług*, Lex 2015, pkt 2.1.1.1.

dawstwa krajowego. Przeniesienie rzeczywistej czy rejestrowej siedziby spółki (przy zachowaniu statutu personalnego państwa wyjścia) nie korzysta ze swobody przedsiębiorczości i w związku z tym państwa członkowskie dysponują, w opinii Trybunału, możliwością określenia czynnika wiążącego dany podmiot prawa z ich systemem prawnym<sup>23</sup>. Jako kontrowersyjny oceniono pogląd wyrażony przez Trybunał, że prawo unijne w ogóle nie ingeruje w mechanizmy ustalania związku danej spółki z systemem prawnym danego państwa członkowskiego celem określenia statutu personalnego takiej spółki, a materia ta ma charakter dyskrejonalny i pozostaje do uznania danego państwa<sup>24</sup>. Część doktryny krytycznie odniosła się jednak do opinii tych glosatorów, którzy twierdzili, że Trybunał odmówił spółkom przenoszącym swoją siedzibę za granicę możliwości korzystania ze swobody przedsiębiorczości<sup>25</sup>. Stali oni na stanowisku, że to krajowe regulacje o charakterze kolizyjnoprawnym a odnoszące się do migrujących spółek, w przeciwieństwie do przepisów materialnych, „nie mogą być uznane za ograniczenia zakazane przez art. 43 TWE (obecnie art. 49 TfUE – przyp. aut.)”<sup>26</sup>. Bez wątpienia jednak Trybunał podkreślił autonomię prawa krajowego oraz silny związek między systemem prawnym państwa a spółką handlową traktowaną wyłącznie jako osoba prawna prawa krajowego. Trybunał uznał, że ograniczenia, których źródłem jest prawo krajowe państwa pochodzenia spółki, nie podlegają ocenie w świetle zawartej w Traktacie swobody osiedlania się spółek („legalność ograniczeń przenoszenia centrum aktywności spółki na terytorium innego państwa”<sup>27</sup>). Taką regulację prawa krajowego, które uniemożliwia swojej rodzimej spółce emigrację, nazwiemy przeszkodą emigracyjną (wyjścia)<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> A. Sobiech, *Ograniczanie mobilności spółek w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Studia oeconomica posnaniensia* vol. 3, no. 3/2015, s. 98.

<sup>24</sup> P. Błaszczyk, *Transgraniczne przekształcenie spółki – najnowsze tendencje w prawie unijnym*, PPH 12/2012, s. 35.

<sup>25</sup> M. Szydło, *Emigracja spółek na rynku wewnętrznym w ocenie ETS*, PiP 8/2009, s. 47.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> A. Opalski, *Kierunki ewolucji ...*, s. 14.

<sup>28</sup> Podział na przeszkody emigracyjne/wyjścia oraz przeszkody imigracyjne/wejścia zaczerpnęłam od I. Kawki, *op.cit.*, pkt 2.1.1.

Chronologicznie kolejnym istotnym wyrokiem TSUE, tym razem odnoszącym się do tzw. przeszkód imigracyjnych (wejścia) było orzeczenie w sprawie *Centros*<sup>29</sup>. Spółka *Centros* była zarejestrowana w Zjednoczonym Królestwie, przy czym jej zasadnicza działalność gospodarcza prowadzona była w Danii. Władze duńskie odmówiły rejestracji oddziału spółki, poprzez który miała ona prowadzić działalność, powołując się na argument, że rejestracja spółki w Wielkiej Brytanii miała na celu obejście wymagań prawa duńskiego dotyczących m.in. wysokości kapitału zakładowego<sup>30</sup>, a „zdaniem organów duńskich [spółka] była tylko formalnie podmiotem obcym”<sup>31</sup>. Trybunał orzekł, że takie działanie spółki nie jest nadużyciem prawa przedsiębiorczości i wobec tego jest dozwolone w świetle postanowień Traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości polegającej na umożliwianiu spółkom prowadzenia oddziałów czy filii w innych państwach członkowskich<sup>32</sup>. Takie stanowisko Trybunału, wyrażone w wyroku w sprawie *Centros*, pozwoliło na kwestionowanie przez doktrynę głównego założenia wyroku *Daily Mail* jakoby ustawodawcy krajowi dysponowali „dyskrecjonalną kompetencją do kształtowania reguł prawa prywatnego międzynarodowego”<sup>33</sup>.

Wyrok z 2002 r. w sprawie *Überseering*<sup>34</sup> dotyczył uznania podmiotowości spółki handlowej przez inne państwo członkowskie niż państwo jej inkorporacji. Była to spółka założona zgodnie z prawem holenderskim, której udziały zostały zbyte na rzecz niemieckich inwestorów, a samą siedzibę zarządu przeniesiono do Niemiec<sup>35</sup>. Sąd w postępowaniu cywilnym nie uznał podmiotowości prawnej holenderskiej spółki, której rzeczywista siedziba znajdowała się już wówczas w Niemczech i odmówił jej prawa występowania przed niemieckim sądem<sup>36</sup>, jako że prawo państwa niemieckiego opierało się na teorii siedziby. Try-

---

<sup>29</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 9 marca 1999 r w sprawie C-212/97 (*Centros*), Zb. Orz. 1999, s. I-1459.

<sup>30</sup> A. Sobiech, *op.cit.*, s. 98-99.

<sup>31</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo...*, pkt 2.3.2.

<sup>32</sup> I. Kawka, *op.cit.*, pkt 2.1.1.2.

<sup>33</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo...*, pkt 2.3.2.

<sup>34</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 5 listopada 2002 r. w sprawie C-208/2000 (*Überseering*), Zb.Orz. 2002, s. I-9919.

<sup>35</sup> I. Kawka, *op.cit.*, pkt 2.1.1.2.

<sup>36</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo...*, pkt 2.3.2.

bunał w swoim rozstrzygnięciu podkreślił, że art. 43 TWE (obecnie 49 TfUE) oraz art. 48 TWE (obecnie art. 54 TfUE) nakładają na państwa członkowskie Wspólnoty wymóg uznania zdolności prawnej (a w konsekwencji także zdolności sądowej) spółki. Jeśli spółka korzysta ze swobody działalności gospodarczej w państwie innym niż państwo jej inkorporacji, uznanie jej zdolności prawnej winno być w takiej formie i takim zakresie, w jakim posiada ona tę zdolność na mocy regulacji prawnych państwa członkowskiego, zgodnie z ustawodawstwem którego została założona<sup>37</sup>. Wyrok w sprawie *Überseering* był o tyle przełomowy, że rozwiewał wątpliwości dotyczące kwestii zmiany statutu personalnego spółki, która przenosi swoją siedzibę rzeczywistą (faktyczną) do innego państwa, precyzując, że skutek w postaci zmiany dotychczasowego statutu personalnego nie występuje<sup>38</sup>.

Wyrok w sprawie *Inspire Art*<sup>39</sup> przyniósł natomiast odpowiedź na pytanie o dopuszczalność stosowania do spółek imigrujących regulacji prawnych właściwych danemu państwu członkowskiemu, które prowadzą do nakładania się statutu państwa utworzenia spółki oraz statutu państwa imigracji (nowej siedziby rzeczywistej)<sup>40</sup>. Spółka prawa angielskiego *Inspire Art Ltd* poprzez swój oddział prowadziła faktyczną działalność jedynie na terenie Holandii. Izba Handlowa w Amsterdamie, uznawszy, że jest to spółka formalnie zagraniczna, zdecydowała o zamieszczeniu odpowiedniej wzmianki w rejestrze. Taka kwalifikacja spółki pociągnęłaby za sobą dalsze konsekwencje na gruncie prawa holenderskiego (m.in.: obowiązek ujawnienia dodatkowych danych w rejestrze, przygotowania dodatkowej rocznej dokumentacji oraz posiadania kapitału zakładowego w wysokości, jaka wymagana jest od spółek holenderskich)<sup>41</sup>. Trybunał określił przepisy holenderskie nakazujące uznawać *Inspire Art Ltd* za spółkę „formalnie zagraniczną” za niedopuszczalne ograniczenie swobody osiedlania się, jako że uzależniają one korzystanie z wtórnej postaci tej swobody

---

<sup>37</sup> A. Sobiech, *op.cit.*, s. 99.

<sup>38</sup> J. Napierała, *Teoria siedziby a swoboda zakładania przedsiębiorstw w świetle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Überseering*, SP 1/2003, s.89-105.

<sup>39</sup> Wyrok z 30 września 2003 r. C-167/2001 (*Inspire Art*), Zb. Orz. 2003, s. I-10155.

<sup>40</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo...*, pkt 2.3.2.

<sup>41</sup> A. Sobiech, *op.cit.*, s. 100.



od spełnienia warunków prawa krajowego, które nie spełniają testu proporcjonalności<sup>42</sup> (tzw. formuła *Gebhard*)<sup>43</sup>. Ponadto, utworzenie spółki w państwie członkowskim, które oferuje bardziej korzystne ustawodawstwo w zakresie prawa handlowego nie stanowi nadużycia nawet wówczas, gdy spółka prowadzi swoją działalność głównie lub jedynie w innym państwie członkowskim<sup>44</sup>.

Kwestia transgranicznego przekształcenia spółki została jeszcze bardziej zarysowana w rozstrzygnięciu sprawy *Cartesio*<sup>45</sup>. Spółka komandytowa prawa węgierskiego, której dotychczasową siedzibą było miasto węgierskie, złożyła wniosek o wpis przeniesienia siedziby do Włoch, który to wniosek został odrzucony przez węgierski sąd, ponieważ prawo węgierskie nie pozwalało na jednoczesne przeniesienie siedziby za granicę i zachowanie statutu personalnego spółki prawa węgierskiego<sup>46</sup>. Uzasadnienie wyroku oparte jest na rozróżnieniu dwóch możliwych postaci transgranicznego przeniesienia siedziby statutowej spółki (tzn. połączonego ze zmianą formy prawnej prowadzonej działalności lub też przy zachowaniu dotychczasowej)<sup>47</sup>. Choć Trybunał wyraźnie zaznaczył, że umożliwienie spółce wyznaczenia swojej siedziby poza granicami państwa inkorporacji należy do wyłącznej kompetencji danego państwa członkowskiego i brak odpowiednich regulacji w tym zakresie w prawie krajowym nie może zostać uznany za sprzeczny z prawem do korzystania ze swobód unijnych, to państwa członkowskie nie mogą uniemożliwiać spółce przeniesienia siedziby (do innego państwa członkowskiego) połączonego ze zmianą prawa właściwego (tj. zmianą statutu personalnego) poprzez ustanawianie wymogu likwidacji i rozwiązania oraz utworzenia nowego podmiotu prawa w państwie przyjmującym<sup>48</sup>. Trybunał przypo-

---

<sup>42</sup> W sprawie proporcjonalności art. 270 pkt 2 i art. 459 pkt 2 ksh zob. M. Mataczyński, *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki handlowej zagranicę* [w:] M. Pazdan (red.), *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* t.13, Katowice 2013, s. 52; K. Oplustil, *Transgraniczne przekształcenie...*, s. 101-105 oraz 116-123; J. Napierała, *Przeniesienie siedziby polskiej spółki kapitałowej za granicę jako przyczyna jej rozwiązania w świetle kodeksu spółek handlowych i swobody przedsiębiorczości*, RPEiS 2/2016, s. 64 i n.

<sup>43</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo...*, pkt 2.3.2.

<sup>44</sup> I. Kawka, *op.cit.*, pkt 2.1.1.2.

<sup>45</sup> P. Błaszczuk, *Transgraniczne przekształcenie...*, s. 35; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-210/06 (*Cartesio*), Zb. Orz. 2008, s. I-09641.

<sup>46</sup> I. Kawka, *op.cit.*, pkt 2.1.1.2.

<sup>47</sup> O. Valk, *C-210/06 Cartesio, Increasing Corporate Mobility through Outbound Establishment*, Utrecht Law Review, vol. 6, iss.1/2010, p. 151.

<sup>48</sup> A. Dorabalska, *op.cit.*, s. 53.

mniał w swoim rozstrzygnięciu, że spółki są tworzone i istnieją jedynie dzięki pośrednictwu prawa krajowego<sup>49</sup>, a państwo członkowskie może dowolnie kreować kryterium powiązania spółki ze swoim systemem prawnym. To od prawa państwa pochodzenia spółki zależy możliwość transgranicznego przeniesienia jej siedziby z zachowaniem przynależności do systemu państwa pierwotnej inkorporacji<sup>50</sup>. Taka interpretacja uwypukla różnice między korzystaniem ze swobody przedsiębiorczości przez osoby prawne i przez osoby fizyczne, które nie tracą statusu obywatela danego państwa w żadnym przypadku<sup>51</sup>. Jednocześnie jednak formuły wyroku *Cartesio* „o ile prawo państwa imigracji na to pozwala”<sup>52</sup> nie należy rozumieć w ten sposób, że państwo imigracji może to transgraniczne przekształcenie uniemożliwić<sup>53</sup>. Taka konstatacja nasunie się także, jeśli zastosujemy zasadę skuteczności (*principle of effectiveness*), traktowaną nie tylko jako zakaz utrudniania, ale także jako nakaz pozytywnego działania (zgodnie z tą zasadą przepisy krajowe nie powinny uniemożliwić czy nadmiernie utrudnić korzystania z praw przyznanych przez prawo UE)<sup>54</sup>. Wyrok w sprawie *Cartesio* nie zadowolił jednak bardziej liberalnej części doktryny, bowiem nie doprowadził do oczekiwanego i postulowanego „uwolnienia” spółek<sup>55</sup>.

W wyroku w sprawie *Vale*<sup>56</sup> Trybunał wprost poruszył kwestię prawa spółki do transgranicznego przeniesienia siedziby spółki połączonego z jej transgranicznym przekształceniem w świetle zasady przedsiębiorczości, przesądzając, że taka restrukturyzacja

---

<sup>49</sup> M. Szydło, *op.cit.*, s. 50.

<sup>50</sup> V. Korom, P. Metzinger, *Freedom of Establishment for Companies: The European Court of Justice Confirms and Refines Its Daily Mail Decision in the Cartesio Case*, *European Company and Financial Law Review* 1/2009, p. 148.

<sup>51</sup> Ch. Teichmann, *Cartesio: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 9/2009, s. 396.

<sup>52</sup> Teza 112 *in fine* wyroku w sprawie C-210/06 (*Cartesio*): „W tym drugim przypadku uprawnienie opisane w pkt 110 [do określenia kryterium powiązania – przyp. aut.] niniejszego wyroku nie dopuszcza bowiem zwolnienia krajowego prawa dotyczącego zakładania i rozwiązywania spółek od reguł traktatu WE dotyczących swobody przedsiębiorczości, a w szczególności nie stanowi uzasadnienia dla tego, by państwo członkowskie, w którym spółka powstała, poprzez wymóg rozwiązania i likwidacji tej spółki, uniemożliwiało jej przekształcenie się w spółkę prawa krajowego tego drugiego państwa członkowskiego, o ile jego prawo na to pozwala.”

<sup>53</sup> J. Napierała, *Przeniesienie siedziby...*, s. 62.

<sup>54</sup> *Ibidem*, s.64.

<sup>55</sup> A. Sobiech, *op.cit.*, s. 101.

<sup>56</sup> Wyrok z 12 lipca 2012 r. w sprawie C-378/10 (*Vale*), EPS 11/2012, s. 40–44.



mieści się w zakresie swobód traktatowych<sup>57</sup>. W stanie faktycznym tej sprawy, włoska spółka złożyła wniosek o wykreślenie jej wpisu z rejestru celem przeniesienia siedziby na Węgry, gdzie zamierzała kontynuować swoją działalność. Do węgierskiego sądu rejestrowego wpłynął następnie wniosek spółki o zarejestrowanie jej jako spółki przekształconej. Sądy węgierskie zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji odmówiły spółce wpisu do rejestru węgierskiego, jako że przepisy prawa węgierskiego nie przewidywały przekształcenia spółki zagranicznej w spółkę węgierską<sup>58</sup>. Trybunał rozstrzygnął, że za nieuzasadnione ograniczenie swobody przedsiębiorczości należy uznać odmienne traktowanie spółek w procesie przekształcenia w zależności od tego, czy przekształcenie to ma charakter krajowy czy też zagraniczny<sup>59</sup>. Podniósł, że „operacje przekształcenia spółek należą do zakresu działalności gospodarczej, w odniesieniu do której państwa członkowskie mają obowiązek respektować swobodę przedsiębiorczości”<sup>60</sup>, przy czym położył nacisk na realny element transgranicznego przekształcenia poprzez wymóg faktycznej ekspansji spółki do innego państwa członkowskiego<sup>61</sup>. Trybunał zatem odmówił możliwości powoływania się na swobodę przedsiębiorczości spółkom, które zamierzają w państwie imigracji zainstalować jedynie swoją „skrzynkę pocztową”<sup>62</sup>. Wobec braku uregulowań transgranicznego przekształcenia spółek na poziomie unijnym, należy zastosować się do wymogów zarówno państwa emigracji (spółki przekształcanej), jak i państwa imigracji (spółki przekształconej)<sup>63</sup>. Rodzi to konieczność kolejnego zastosowania przepisów należących do dwóch odrębnych porządków prawnych<sup>64</sup>. Zatem o przesłankach istnienia i funkcjonowania spółki przekształconej przesądzać będzie prawo tego państwa, w którym spółka została reinkorporowana (np. to czy dla zmiany statutu personalnego spółki konieczne jest zlokalizowanie

---

<sup>57</sup> P. Błaszczyk, *Transgraniczne przekształcenie...*, s. 36.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> I. Kawka, *op.cit.*, pkt 2.1.1.2.

<sup>60</sup> Teza 24 wyroku w sprawie C-378/10 (*Vale*).

<sup>61</sup> J. Napierała, *Przekształcenie spółki zagranicznej w spółkę krajową w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Vale*, RPEiS 3/2013, s. 13.

<sup>62</sup> W. Bayer, J. Schmidt, *op.cit.*, s. 753.

<sup>63</sup> J. Napierała, *Przekształcenie spółki...*, s. 13.

<sup>64</sup> P. Błaszczyk, *Transgraniczne przekształcenie...*, s. 40.

w państwie przyjmującym także siedziby faktycznej spółki)<sup>65</sup>. Trybunał wskazał również w tezie 38 rozstrzygnięcia, że unijne przepisy harmonizujące „są z pewnością przydatne dla ułatwienia przekształceń transgranicznych”. Należy odnotować odesłanie w przedmiotowym wyroku do wspomnianej już formuły *Gebhard*, która dopuszcza stosowanie środków ograniczających spółkom korzystanie ze swobody przedsiębiorczości, o ile są one (i) wprowadzane i stosowane w sposób niedyskryminujący, (ii) podyktowane nadrzędnymi względami interesu publicznego oraz (iii) odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu i nie wykraczają ponad to, co jest potrzebne do jego osiągnięcia<sup>66</sup>. Zatem wszelkie utrudnienia w dostępie do rynku winny zostać poddane analizie sprawdzającej, czy dają się usprawiedliwić<sup>67</sup>.

### **PROJEKT CZTERNASTEJ DYREKTYWY**

Pierwszy, nieoficjalny jeszcze projekt<sup>68</sup> Czternastej Dyrektywy pochodził z 1997 r. Zakładał on umożliwienie przekształcenia spółek kapitałowych poprzez przeniesienie siedziby na terytorium innego państwa członkowskiego bez konieczności likwidowania spółki czy tworzenia nowego podmiotu, przy czym operacja ta prowadziłaby do zmiany statutu personalnego spółki<sup>69</sup> (dopuszczano możliwość przeniesienia albo tylko siedziby rzeczywistej albo jedynie siedziby statutowej albo też obu łącznie – art. 3)<sup>70</sup> – taka regulacja zmiany statutu personalnego spółki spotkała się z zarzutem ingerowania w krajowe prawo kolizyjne państw członkowskich<sup>71</sup>. Państwowi członkowskim przyjmującym pozostawiono możliwość decydowania o tzw. izolowanym przekształceniu<sup>72</sup>. Jeżeli siedziba rzeczywista spółki

---

<sup>65</sup> J. Napierała, *Uwagi na temat kształtu planowanej dyrektywy w sprawie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki*, RPEiS 4/2014, s. 115.

<sup>66</sup> J. Napierała, *Przekształcenie spółki...*, s. 23, 27; zob. także A. Mucha, *op.cit.*, s. 67.

<sup>67</sup> W. Bayer, J. Schmidt, *op. cit.*, s. 757-759.

<sup>68</sup> Projekt poprzedziło studium: *Study on Transfer of the Head Office of a Company from One Member State to Another* (1993).

<sup>69</sup> O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki kapitałowej – potrzeba działania unijnego i polskiego prawodawcy*, TPP 3/2015, s. 82.

<sup>70</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo ...*, pkt 2.4.2.

<sup>71</sup> J. Napierała, *Uwagi na temat...*, s. 117.

<sup>72</sup> Istniały wątpliwości czy przekształcenia spółek w ramach swobody przedsiębiorczości obejmują także tzw. izolowane przekształcenie (tj. przeniesienie jedynie siedziby, ale nie miejsca faktycznego urzędowania zarzą-

nie znajdowała się w państwie jej nowej siedziby statutowej, państwo przyjmujące mogło odmówić wpisu spółki do rejestru (art. 11 ust. 2)<sup>73</sup>. Taki kształt projektu uległ dezaktualizacji wobec ukształtowania się linii orzeczniczej Trybunału dotyczącej uznawania spółek przenoszących swoją siedzibę rzeczywistą. Nowy projekt Czternastej Dyrektywy – dokument konsultacyjny, który pojawił się w 2004 r., nie regulował już łącznie przeniesienia siedziby statutowej wraz z rzeczywistą, uniezależniał natomiast przeniesienie siedziby statutowej spółki od umiejscowienia jej siedziby faktycznej<sup>74</sup>. Zgodnie z opublikowanym dokumentem konsultacyjnym, transgraniczne przeniesienie siedziby rzeczywistej nie wpływa na zmianę dotychczasowego prawa właściwego, pozwalając jedynie na zmianę miejsca lokalizacji działalności spółki. To transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej ma prowadzić do przekształcenia spółki, jako konsekwencja zmiany miejsca jej rejestracji<sup>75</sup>. Prace nad projektem Czternastej Dyrektywy zostały niestety zawieszone w 2007 r.<sup>76</sup>.

Przekonanie o potrzebie wznowienia prac legislacyjnych dotyczących Czternastej Dyrektywy jest właściwie powszechne w środowiskach unijnych. Przyznał to także *expressis verbis* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>77</sup>. W 2011 r. z inicjatywy Dyrektora Generalnego do Spraw Rynku Wewnętrznego i Usług powołano tzw. Grupę Refleksji. Eksperti pracujący w ramach tego organu jednoznacznie zarekomendowali uchwalenie dyrektywy dającej spółkom możliwość przeniesienia swojej siedziby na terytorium innego państwa członkowskiego, co nie powodowałoby konieczności likwidacji i utworzenia nowego podmiotu prawa (a więc z zachowaniem podmiotowości prawnej), oraz stwarzającej mechanizmy kontroli spółek zabezpieczające interesy akcjonariuszy, wierzycieli i pracowników<sup>78</sup>.

Także Parlament Europejski zaangażował się w prace dotyczące uchwalenia Czternastej Dyrektywy poprzez podjęcie rezolucji z 2 lutego 2012 roku, zawierającej zalecenia dla

---

du). Przyjmuje się jednak, że orzeczenie w sprawie *Vale* przesądziło, że takie przekształcenie mieści się w granicach swobody przedsiębiorczości – zob. J. Schmidt, *op.cit.*, p. 13.

<sup>73</sup> A. Dorabalska, *op.cit.*, s. 53; A. Opalski, *Europejskie prawo ...*, pkt 2.4.2.

<sup>74</sup> A. Dorabalska, *op.cit.*, s. 53.

<sup>75</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo ...*, pkt 2.4.3.

<sup>76</sup> P. Błaszczuk, *Transgraniczne przekształcenie...*, s. 36.

<sup>77</sup> Wyrok w sprawie C-378/10 (*Vale*).

<sup>78</sup> J. Napierała, *Uwagi na temat...*, s. 106.

Komisji Europejskiej w sprawie przedmiotowej dyrektywy<sup>79</sup>. Z kolei w rezolucji z 14 czerwca 2012 r.<sup>80</sup> Parlament zwrócił się do Komisji z prośbą o przedłożenie wniosku ustawodawczego odnoszącego się do mechanizmów mających na celu ułatwienie transgranicznej mobilności spółek w Unii Europejskiej<sup>81</sup>.

Kolejnym krokiem naprzód w pracach nad przyjęciem Czternastej Dyrektywy był Plan Działania (*Action Plan*)<sup>82</sup> przyjęty przez Komisję w grudniu 2012 r., który koncentrował się m.in. na problematyce transgranicznych procesów restrukturyzacyjnych spółek *in extenso*<sup>83</sup>, będąc jednocześnie zapowiedzią zamiaru podjęcia różnorodnych legislacyjnych inicjatyw przez Komisję. Plan działania nie przesądzał jednak, czy i w jakim kształcie zostanie przedstawiony projekt Czternastej Dyrektywy. Komisja ograniczyła się do przeprowadzenia planowanych szerokich konsultacji dotyczących skutków i potrzeb wprowadzenia omawianej regulacji<sup>84</sup>, w których połowa respondentów opowiedziała się za dopuszczeniem możliwości transgranicznego przekształcenia spółki jedynie poprzez przerejestrowanie jej siedziby statutowej do innego państwa członkowskiego, tj. bez wymogu przeniesienia siedziby rzeczywistej (faktycznego centrum działalności)<sup>85</sup>. Następnie, w 2015 r. Komisja Europejska zleciła przeprowadzanie badania i sporządzenie studium dotyczącego prawa właściwego dla spółek, które miałyby także dotyczyć przeniesienia siedziby<sup>86</sup>.

W trwającej od lat dyskusji dotyczącej projektu Czternastej Dyrektywy największego znaczenia nabiera obecnie pytanie: „czy regulacja transgranicznego przekształcenia powinna umożliwiać przeniesienie samej siedziby statutowej, czy łącznie z przeniesieniem siedzi-

---

<sup>79</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego (2011/2046/(INI)).

<sup>80</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego (2012/2669(RSP)).

<sup>81</sup> P. Błaszczuk, *Przyszłość europejskiego...*, s. 23.

<sup>82</sup> Komunikat Komisji z 12 grudnia 2012 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów zatytułowany: *Plan działania. Europejskie prawo spółek i ład korporacyjny – nowoczesne ramy prawne na rzecz bardziej zaangażowanych udziałowców i zrównoważonych przedsiębiorstw*, COM (2012), 740.

<sup>83</sup> P. Błaszczuk, *Przyszłość europejskiego...*, s. 23.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> P. Błaszczuk, *Transgraniczne przekształcenie...*, s. 36.

<sup>86</sup> J. Schimdt, *op.cit.*, p. 15.

by faktycznej (wymogiem prowadzenia działalności w państwie przyjmującym)?”<sup>87</sup>. Pojawiają się także pytania związane z zakresem przedmiotowym planowanego aktu, tzn. czy powinien regulować jedynie transgraniczne przekształcenie spółki (czy tylko w jej zagraniczny odpowiednik czy także w inny typ spółki) czy też może powinien być dokumentem całościowym i obejmować wszystkie transgraniczne restrukturyzacje<sup>88</sup>. Należy jednak podkreślić, że dyskusja dotycząca kształtu Czternastej Dyrektywy nie dotyczy możliwości przeniesienia siedziby statutowej spółki do państwa przyjmującego przy zachowaniu dotychczasowej podmiotowości prawnej przekształcanej spółki, ponieważ nie stanowi to postaci korzystania ze swobody przedsiębiorczości<sup>89</sup>.

## WNIOSKI

Poczynając od wyroku w sprawie *Daily Mail* poprzez *Überseering* aż do rozstrzygnięcia w sprawie *Vale*, orzecznictwo TSUE uległo zdecydowanej reorientacji, a aksjologia procesu harmonizacji prawa spółek została przewartościowana. Wydaje się, że do eliminacji różnorodnych problemów emigracyjnych, przed którymi stawał Trybunał, przyczyniłoby się wydanie Czternastej Dyrektywy w sprawie transgranicznego przekształcenia spółek<sup>90</sup>. Ponieważ prawo wtórne Unii Europejskiej nie reguluje transgranicznego przekształcenia spółek, Trybunał w swoich orzeczeniach balansował pomiędzy powoływaniem się na zapewnioną w Traktacie swobodę przedsiębiorczości a podkreśleniem autonomicznego charakteru prawa krajowego (szczególnie kolizyjnego). Obecnie transgraniczne przekształcenie wymaga stosowania zarówno prawa państwa emigracji, jak i imigracji szczególnie w zakresie regulacji dotyczących tworzenia spółki krajowej<sup>91</sup>. „Harmonizacja jest potrzebna, jeśli spółki mają swobodnie przemieszczać się między terytoriami państw członkowskich”<sup>92</sup>, a przyjęcie Czternastej Dyrektywy przyczyniłoby się do rozwinięcia pozytywnego zjawiska tzw. konkurencji regulacyjnej, umożliwiając spółkom funkcjonowanie

---

<sup>87</sup> J. Napierała, *Uwagi na temat...*, s. 108.

<sup>88</sup> Szczegółowo zob. O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki kapitałowej – potrzeba działania unijnego i polskiego prawodawcy*, TPP 3/2015, s. 73-106.

<sup>89</sup> J. Napierała, *Uwagi na temat...*, s. 108.

<sup>90</sup> *Ibidem*, s. 120.

<sup>91</sup> J. Napierała, *Przekształcenie spółki zagranicznej...*, s. 27.

<sup>92</sup> A. Opalski, *Kierunki ewolucji...*, s. 13.

w najkorzystniejszym dla nich systemie prawnym<sup>93</sup>. Wydaje się, że rozwiązaniem kompromisowym byłyby takie przepisy Czternastej Dyrektywy, które umożliwiłyby transgraniczne przekształcenie bez konieczności przeniesienia siedziby faktycznej, jednak umożliwienie takiej restrukturyzacji powinno leżeć w gestii państwa członkowskiego<sup>94</sup>.

Mimo dużego znaczenia precedensowych wyroków Trybunału, mają one ogólną podstawę (swobody traktatowe) oraz jednostkowy charakter, co nie zastąpi postulowanej harmonizacji prawa<sup>95</sup> i nie spowoduje automatycznej zmiany ustawodawstwa państw przewidujących rozwiązanie i likwidację spółki, jeśli ta zamierza przenieść swoją siedzibę za granicę - *vide* art. 270 pkt 2 k.s.h. oraz art. 459 pkt 2 k.s.h.<sup>96</sup>. Na marginesie jedynie można dodać, że wskazane przepisy doktryna i judykatura odnoszą do konsekwencji przeniesienia za granicę siedziby statutowej spółki w celu transgranicznego przekształcenia, co z kolei wiąże się z poglądem, że to nie siedziba rzeczywista jest podstawowym łącznikiem wyznaczającym w polskim prawie statut personalny spółki<sup>97</sup>.

TSUE w powołanych wyżej, precedensowych wyrokach nie tyle określił granicę, co wyznaczył zakres mobilności spółek na obszarze państw członkowskich<sup>98</sup>. Trybunałowi nie przysługuje kompetencja do tworzenia unijnego prawa spółek poprzez wypełnianie luk legislacyjnych unijnego ustawodawcy w ramach kreatywnej wykładni traktatowych swobód<sup>99</sup>, a jego orzecznictwo nie ułatwi niestety spółce procesu dostosowywania się do partykularnych wymagań poszczególnych państw członkowskich i usunięcia przeszkód natury kolizyjnoprawnej<sup>100</sup>. Dualizm prawny, jakiego często doświadczają spółki

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, s.14.

<sup>94</sup> J. Napierała, *Uwagi na temat...*, s. 119.

<sup>95</sup> P. Błaszczak, *Transgraniczne przekształcenie...*, s. 42.

<sup>96</sup> Szczegółowo na ten temat zob.: J. Napierała, *Przeniesienie siedziby...*, s.59-72; A. Mucha, *op.cit.*, s. 43-92.

<sup>97</sup> A. W. Wiśniewski, *W sprawie statutu personalnego osób prawnych. Uwagi na tle tomu 20A Systemu Prawa Prywatnego*, KPP 1/2015, s. 215-225.

<sup>98</sup> O. Mörsdorf, *The Legal Mobility of Companies within the European Union through Cross-border Conversion*, *Common Market Law Review*, 2012, April, s. 629.

<sup>99</sup> J. Napierała, *Uwagi na temat...*, s. 105.

<sup>100</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo ...*, pkt 2.4.2.



chcące się transgranicznie zrestrukturyzować<sup>101</sup>, polegający na konieczności stosowania przepisów państwa wyjścia i państwa wejścia, może zostać usunięty jedynie poprzez kompleksową regulację na poziomie europejskim, która wymusi na ustawodawcach krajowych zmianę przepisów tak, aby spółki nie musiały pokonywać zarówno przeszkód emigracyjnych (wyjścia), jak i imigracyjnych (wejścia). Ponadto, jednolita regulacja unijna zapewniłaby pewność i bezpieczeństwo prawne, zastępując wymóg „dostosowywania się” spółek do niekiedy bardzo różniących się w przedmiotowym zakresie ustawodawstw poszczególnych państw członkowskich. Nie ma wątpliwości, że nawet najbardziej przyjazne (*business-friendly*) partykularne rozwiązania prawne poszczególnych państw członkowskich w czasach coraz większej konkurencji regulacyjnej nie zastąpią jednolitego aktu harmonizującego transgraniczną mobilność spółek na poziomie unijnym<sup>102</sup>. Bez niego swoboda przedsiębiorczości w zakresie dotyczącym restrukturyzacji spółek pozostaje w dużej mierze iluzoryczna<sup>103</sup>.

\* \* \*

#### **Cross-border transformation of a company and the need for the Fourteenth Directive – remarks regarding the case-law of the Court of Justice of the European Union.**

**Summary:** The subject matter of this article is the complexity of cross-border transformation of a company in the light of rulings of the Court of Justice of the European Union and the freedom of establishment (art. 49 and 56 of TFEU). This matter is not subject to secondary legislation of the EU, thus the need for the Fourteenth Directive will be discussed, as well as the shape of the future act.

First of all, the ambiguous term “cross-border transformation” will be examined. Then, the first unofficial draft of the Fourteenth Directive of 1997 will be discussed, as well as public consultations, European Parliament resolutions of 2012 or recommendations of the EU Reflection Group

---

<sup>101</sup> W tym kontekście szczególnie użyteczna wydaje się *Vereinigungstheorie* - teoria, w myśl której przy transgranicznym przekształceniu uwzględniać należy zarówno statut personalny spółki przekształcanej, jak i spółki przekształconej – zob. K. Oplustil, *Łącznik...*, s. 678-679.

<sup>102</sup> M. Myszkę-Nowakowska, *The European Private company – dream big but cautiously?*, InterEU law east journal for the international and European law, economics and market integrations, vol. 2, no. 1/2015, p. 36.

<sup>103</sup> J. Schmidt, *op.cit.*, s. 32.

that affected the draft. Specific matters and questions concerning the relationship between the transfer of the registered office and the actual relocation of the company will be presented (whether the Directive should allow cross-border transformation without the transfer of the actual place of business of the company, or if perhaps it should be the responsibility of the host country to decide on that matter).

The interpretation of the freedom of establishment of companies is shaped by numerous rulings of the Court of Justice. Despite the reorientation of the case law of the ECJ, the need for the Fourteenth Directive is justified.

**Key words:** Cross-border transformation, Fourteenth Directive, Court of Justice.



**Mateusz Gerlach\***

## **Prawo wydawania wiążących poleceń w świetle europejskiej ustawy modelowej o spółkach oraz propozycji *Forum Europaeum on Company Groups*.**

### **Streszczenie**

Prawo zgrupowań w Polsce pozostaje materią nieuregulowaną ustawowo, o czym przesądził upadek projektu Ministerstwa Gospodarki, jak i projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego. Na arenie europejskiej toczy się jednak ożywiona dyskusja na temat sposobu uregulowania działania grup spółek, która doprowadziła do sformułowania dwóch nowych propozycji regulacji tej problematyki. Pierwszą jest europejska ustawa modelowa o spółkach, drugą – inicjatywa *Forum Europaeum on Company Groups*, które to grono przedstawiło propozycję ułatwienia zarządzania transgranicznymi grupami spółek w Europie. Oba dokumenty stanowią niewiążące inicjatywy prywatnych grup eksperckich. Mogą one jednak stanowić inspirację do zainicjowania rozwiązań ustawodawczych w tym zakresie. Jest tak tym bardziej, że rozwiązania w nich przedstawione ogniskują się wokół tzw. doktryny Rozenblum, która jest akceptowana przez większość przedstawicieli polskiej doktryny. Analiza instytucji wiążących poleceń, które przewidują oba akty, pozwoli rozstrzygnąć o przydatności tej konstrukcji dla regulacji stosunków w ramach zgrupowania.

**Słowa kluczowe:** Wiążące polecenia, Europejska ustawa modelowa o spółkach, *Forum Europaeum on Company Groups*.

---

\* Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

## 1. Wstęp

Działalność podmiotów gospodarczych w formie grup spółek to ekonomiczna rzeczywistość. W szczególności duże podmioty tworzą rozbudowane struktury grupy przez zakładanie lub przejmowanie spółek zależnych, w których lokują one poszczególne kategorie swojej działalności. Ten fenomen wymyka się ustawowej regulacji. Dlatego też wielu autorów wypowiadało się na temat potrzeby regulacji prawa zgrupowań w Polsce<sup>1</sup>. Słusznie wskazywali oni, że obecny stan prawny znacznie zwiększa ryzyko gospodarcze funkcjonowania grup spółek oraz wywołuje koszty transakcyjne<sup>2</sup>. Od czasu zgłoszenia tych postulatów, pojawiły się jednak dwie nowe propozycje uregulowania tej skomplikowanej problematyki prawnej. Pierwszą z nich jest rozdział 15 europejskiej ustawy modelowej o spółkach (*European Model Company Act*, dalej: EMCA lub ustawa modelowa)<sup>3</sup>. Drugą jest inicjatywa *Forum Europaeum on Company Groups*, które to grono przedstawiło propozycję ułatwienia zarządzania transgranicznymi grupami spółek w Europie (*Proposal to facilitate the management of cross-border company groups in Europe*, dalej: propozycja FECG)<sup>4</sup>. Obie te inicjatywy proponują państwom członkowskim Unii Europejskiej rozwiązania, które mają umożliwić sprawniejsze zarządzanie grupą i ułatwić wprowadzenie jednolitej strategii biznesowej dla całego zgrupowania. W propozycjach Grupy Roboczej EMCA akcentowana jest przede wszystkim potrzeba spojrzenia na problemy prawa koncernowego z perspektywy spółki-matki (*<<top-down>> perspective*)<sup>5</sup>. Natomiast propozycja FECG już w samej nazwie określa swój cel jako ułatwienie zarządzania grupami spółek. Głównym narzędziem, zmierzającym do osiągnięcia tego celu, jest prawo do wydawania wiążących poleceń przez spółkę-matkę spółkom-córkom, które przewidują oba omawiane dokumenty. Mało realistyczne wydaje się aktualnie całościowe przeniesienie rozwiązań ustawy modelowej

<sup>1</sup> Zob. m. in. M. Romanowski, *W sprawie potrzeby nowej regulacji prawa grup kapitałowych w Polsce*, PPH, 7/2008, s. 4-12; T. Staranowicz, *Podstawowe problemy regulacji koncernu w prawie spółek*, KPP, 2/2009, s. 371-404; A. Opalski, M. Romanowski, *O potrzebie zasadniczej reformy polskiego prawa spółek*, PPH, 6/2008, s. 4-11.

<sup>2</sup> A. Opalski, M. Romanowski, *O potrzebie...*, s. 8.

<sup>3</sup> Europejska ustawa modelowa o spółkach, <http://www.commerciallaw.com.ua/attachments/article/96/Final%20Draft%20EMCA%20Code.pdf>, 15.7.2016 r.

<sup>4</sup> Propozycja ułatwienia zarządzania transgranicznymi grupami spółek w Europie, [http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2015/08/tpp\\_-2-2015\\_forum.pdf](http://www.transformacje.pl/wp-content/uploads/2015/08/tpp_-2-2015_forum.pdf), 15.7.2016 r.

<sup>5</sup> Ogólne uwagi do rozdziału 15 ustawy modelowej, s. 394.

czy propozycji FECG na grunt prawa polskiego. Akty te mogą jednak inspirować działania polskiego ustawodawcy w niektórych aspektach, przykładowo w zakresie rozpoznania interesu grupy czy przyznania prawa wydawania wiążących poleceń<sup>6</sup>. Warto zatem przedstawić rozwiązania zawarte w ustawie modelowej oraz propozycji FECG oraz ocenić czy, i ewentualnie w jakim kształcie, instytucja wiążących poleceń jest pożądanym instrumentem regulacyjnym grup spółek działających w Polsce.

## **2. Prawo wydawania wiążących poleceń według ustawy modelowej**

Mechanizmem, który ułatwiłby znacząco zarządzanie całym zgrupowaniem jest prawo wydawania wiążących poleceń<sup>7</sup>. Ustawa modelowa rozpoznaje to prawo bez rozszerzania w żaden sposób odpowiedzialności spółki-matki, a także bez nakładania na nią dodatkowych obowiązków. To elastyczne podejście wynika z doświadczeń innych systemów prawa spółek, w których uzależnienie kierowania spółkami zależnymi od przyjęcia odpowiedzialności za zobowiązania spółki zależnej okazało się zbyt rygorystyczne. Przykładem jest rozwiązanie zawarte w niemieckim Aktiengesetz, które ustanawia, w § 322, solidarną odpowiedzialność „głównej spółki” wobec wierzycieli „spółki zintegrowanej” za zobowiązania, które powstały przed utworzeniem grupy, jak i za wszystkie zobowiązania, które powstały po utworzeniu grupy. Ta surowa odpowiedzialność sprawiła, że rozwiązania te zostały pozbawione praktycznego znaczenia, a przez to efektywności. Nieracjonalne byłoby bowiem przyjmowanie odpowiedzialności i wydawanie poleceń, skoro nieformalną drogą można osiągnąć ten sam rezultat, nie ponosząc odpowiedzialności. Słusznie więc pytają autorzy ustawy modelowej: „Dlaczego spółka dominująca miałaby tworzyć <<grupę prawną>> wraz z podmiotami zależnymi, jeśli cena za legitymizację jej kierowniczej władzy jest tak wysoka?”<sup>8</sup>. Argument ten, uzasadniając znaczne odformalizowanie regulacji, spowodował, że ustawa modelowa przyznaje spółce-matce w Sekcji 9.1 prawo wydawania wiążą-

---

<sup>6</sup> Taką możliwą rolę ustawy modelowej dostrzega, choć nie bez zastrzeżeń, J. Payne, *The Role of European and Model Acts in Company Law* [in:] *Company Law and Economic Protectionism: New Challenges to European Integration*, Oxford Scholarship Online 2011, p. 331.

<sup>7</sup> P. H. Conac, *Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level*, *European Company and Financial Law Review*, 2/2013, s. 195.

<sup>8</sup> Komentarz do sekcji 9 rozdziału 15 ustawy modelowej, s. 405: „Why would the parent company form a <<legal group>> with their subsidiaries, if the price for obtaining a legitimation of its power of direction is so high?”.

cych poleceń organowi zarządzającemu spółki zależnej bez konieczności spełnienia jakichkolwiek wstępnych warunków (np. formalnej deklaracji o przystąpieniu do grupy lub przyjęcia odpowiedzialności za zobowiązania spółki zależnej). Prawo to jest jednak ograniczone na dwa sposoby.

Po pierwsze, by polecenia były wiążące, muszą one spełniać przesłanki Sekcji 16. Sekcja ta jest w zasadzie zbieżna z wymaganiami, które członkom zarządu spółek zależnych stawia tzw. doktryna Rozenblum<sup>9</sup>. Zgodnie z Sekcją 16 należy uznać, że członek zarządu nie narusza swoich fidejucjarnych obowiązków, jeżeli łącznie spełnione są trzy warunki: po pierwsze, działanie członka zarządu jest zgodne z interesem całej grupy; po drugie, członek zarządu ma uzasadnione podstawy do założenia, że strata, szkoda lub uszczerbek zostaną w rozsądnym terminie zrównoważone przez zysk lub korzyść; po trzecie, taki uszczerbek nie może prowadzić do stworzenia zagrożenia dla ciągłości działania i istnienia spółki zależnej. Dopiero, gdy powyższe wymagania są spełnione, ustawa modelowa nakłada obowiązek organu zarządzającego spółki zależnej do zastosowania się do wydanego polecenia. Sformułowanie Sekcji 9.2 nie pozostawia wątpliwości, że zarząd ma zastosować się („shall comply”) do polecenia z zastrzeżeniem wymagań Sekcji 16 („subject to conditions specified in section 16”). Ta warunkowość oznacza, że „polecenie” niespełniające wymagań nie rodzi w ogóle obowiązku dla członka zarządu spółki zależnej. Dlatego też zbędną wydaje się norma projektowana przez Sekcję 16.3, która przewiduje, że zarządzający spółką zależną mogą odmówić zastosowania się do polecenia, skoro „polecenie” to jest niewiążące zgodnie z Sekcją 9.2. Stanowi ono jedynie sugestię i możliwość odmowy jego wykonania wynika właśnie z jego niewiążącego charakteru.

Istotne uproszczenie reżimu wprowadza Sekcja 16.2, dotycząca spółek zależnych, w których udziały posiada tylko spółka-matka, jej spółki zależne lub inny podmiot działający w ich imieniu (*wholly-owned subsidiary*). W takim przypadku ustawa modelowa zwalnia z wymogu określonego w Sekcji 16.1.b, co oznacza, że członek zarządu spółki zależnej nie musi mieć uzasadnionych podstaw do założenia, że strata, szkoda lub uszczerbek zostaną w rozsądnym terminie zrównoważone przez zysk lub korzyść. Takie złagodzenie przesłanek uprawniających do działania wbrew interesowi partykularnej spółki wynika z tego,

---

<sup>9</sup> Zob. wyrok Cour de cassation z 4.2.1985 r. Dalloz, 1985, nr 478. W krajowym piśmiennictwie zob. m.in. P. Błaszczak, *Ochrona wspólnika mniejszościowego spółki zależnej*, Warszawa 2013, s. 110 i n., M. Romanowski, *Wnioski dla prawa polskiego wynikające z uregulowań prawa grup kapitałowych w wybranych systemach prawnych państw UE, Japonii i USA*, *Studia Prawa Prywatnego*, 2/2008, s. 8 i n.

że struktura własnościowa wyklucza w tym przypadku wystąpienie zagrożenia interesów akcjonariuszy mniejszościowych. Rozwiązanie to zakłada zatem, że dla ochrony interesów pracowników i wierzycieli wystarczające jest, że członek zarządu działa w interesie całej grupy oraz nie naraża samego istnienia spółki zależnej.

Uzależnienie wiążącego charakteru polecenia od spełnienia przesłanek Sekcji 16 powoduje powstanie złożonej konstrukcji prawnej. Sama bowiem Sekcja 16 przewiduje – od strony negatywnej – że zarząd nie narusza swoich obowiązków fiducjarnych („shall not be deemed to have acted in breach of their fiduciary duties”), jeśli podejmuje decyzję sprzeczną z interesem spółki, ale spełniając wymienione w tej Sekcji przesłanki. To negatywne ujęcie zostało poddane krytyce przez A. Opalskiego, który stwierdził, że: „Takie ujęcie niepotrzebnie akcentuje <<defensywną>> stronę doktryny Rozenblum, jako pozwalającej sformułować zarzut obronny w procesach przeciwko piastunom, zamiast podkreślać, iż ustanawia ona nowy, pożądany standard działania mandatariusza spółki należącej do grupy”<sup>10</sup>. Z tym zarzutem należy się zgodzić i postulować rezygnację ze wspomnianego negatywnego ujęcia, mimo iż nie wpłynie to na sam zakres dopuszczalnych działań przez piastunów spółek zależnych.

Kolejnym pytaniem, które powstaje w związku z brzmieniem Sekcji 9.2 oraz Sekcji 16.3 jest kwestia częściowego wykonania polecenia. Ściślej ujmując, nie jest jasne czy polecenie – a w istocie sugestia niespełniająca kryteriów polecenia – oznacza, że polecenie nie wiąże w ogóle, czy też, że wiąże ono w zakresie, w jakim pozostaje zgodne z Sekcją 16. Przykładem mogłoby być polecenie dotyczące udzielenia przez spółkę zależną nieoprocentowanej pożyczki spółce-matce. Według członka zarządu pożyczka w wysokości pięćset tysięcy złotych stworzyłaby zagrożenie dla ciągłości działania i istnienia spółki zależnej, a zatem polecenie byłoby niewiążące zgodnie z Sekcją 16.3 w związku z Sekcją 16.1.c. Jednocześnie pożyczka w wysokości dwustu pięćdziesięciu tysięcy złotych nie stwarzałaby takiego zagrożenia. Trzeba uznać, że polecenie nie wiąże w takim wypadku w ogóle, a zarząd spółki-matki powinien wystosować nowe polecenie, które spełnia przesłanki Sekcji 16.1.c i uwzględnia kondycję finansową spółki zależnej. Przeciwna interpretacja, tzn. uznanie, że polecenie należy wykonać częściowo, prowadziłaby do trudności w funkcjonowaniu

---

<sup>10</sup> A. Opalski, *Europejska ustawa modelowa o spółkach – inspiracja do reform prawa spółek? Uwagi na przykładzie prawa grup spółek* [w:] J. Olszewski (red.), *Tendencje reformatorskie w prawie handlowym. Między teorią a praktyką*, Warszawa 2015, s. 13 i n.

instytucji wiążących poleceń. Członek zarządu spółki zależnej może bowiem nie wiedzieć czy pożyczka w zmniejszonej wysokości zaspokoi potrzeby spółki-matki i będzie celowa. Skutkowałoby to elementem niepewności, czy zarząd spółki zależnej powinien sam dokonać „redukcji” polecenia i wykonać je w takiej zmienionej postaci. Być może dla spółki-matki – w razie otrzymania odmowy wykonania polecenia w pierwotnym brzmieniu – bardziej korzystne byłoby wystąpienie do innej spółki zależnej o udzielenie pożyczki, bądź uzyskanie środków z innego źródła (np. z kredytu bankowego). Ponadto, niejednokrotnie bardzo trudne byłoby zrekonstruowanie treści polecenia i dostosowanie go do wymogów tzw. doktryny Rozenblum. O ile w podanym wyżej przykładzie kwestia sprowadza się jedynie do wysokości pożyczki, to nie można wykluczyć bardziej złożonych i skomplikowanych poleceń. W takim przypadku nakładanie obowiązku wykonania polecenia w zakresie niesprzecznym z Sekcją 16 rodziłoby niepożądaną niepewność prawną co do zakresu obowiązku ciążącego na menedżerach spółek zależnych.

Sekcja 9.2 stanowi, że piastun spółki zależnej ma obowiązek wykonać każde polecenie, które jest zgodne z wymogami Sekcji 16 (a zatem z przesłankami tzw. doktryny Rozenblum). Jeśli tak, to taki obowiązek dotyczy nie tylko poleceń wbrew interesowi spółki zależnej (ale w interesie całej grupy), ale także – *a fortiori* – poleceń, których wykonanie byłoby zgodne z partykularnym interesem takiej spółki. Innymi słowy, członek zarządu spółki zależnej ma obowiązek wykonać każde polecenie, które nie spowoduje, że naruszy on swój fiducjarny obowiązek wobec spółki. Powoduje to, że piastuni spółek zależnych dysponują stosunkowo wąsko zakreślonym prawem do odmowy wykonania polecenia<sup>11</sup>. Ponadto, w praktyce prawo do odmowy wykonania polecenia może okazać się instrumentem niedoskonałym z innych względów. W większości systemów prawa spółek członek zarządu może być w każdym czasie odwołany (na gruncie prawa polskiego zgodnie z art. 203 § 1 k.s.h. w stosunku do spółki z o. o. oraz art. 370 § 1 k.s.h. w stosunku do spółki akcyjnej). Może tego dokonać zgromadzenie wspólników, czy też rada nadzorcza w spółce akcyjnej. Oba te ciała są zdominowane przez akcjonariusza większościowego (tj. spółkę-matkę), a to oznacza, że odmowa wykonania polecenia rodzi konflikt między spółką-matką a zarządem spółki zależnej, którego ofiarą musi stać się zarząd spółki zależnej, skoro akcjonariusz większościowy (działając przez zgromadzenie wspólników lub radę nadzorczą) mo-

---

<sup>11</sup> Tak też A. Opalski, *Europejska ustawa modelowa...*, s. 19.



że go w każdym czasie odwołać i nie podawać tego przyczyn. Zatem by zapewnić w praktyce respektowanie prawa do odmowy wykonania polecenia, pożądane byłoby, aby statut ograniczył prawo odwołania członków zarządu spółki zależnej, wykluczając z grupy dopuszczalnych powodów odwołania, odmowę wykonania polecenia zgodnie z Sekcją 9.3. Możliwość takiego zawężenia wynika bezpośrednio z art. 370 § 2 k.s.h. (art. 203 § 2 k.s.h. w stosunku do sp. z o.o.), który zezwala by statut spółki zawierał inne postanowienia. Takie rozwiązanie wzmocniłoby stabilność zarządu, ale przede wszystkim zagwarantowało pełną skuteczność norm dotyczących wiążących poleceń i możliwości ich odmowy. W innym wypadku członkowie zarządu, słusznie odmawiający wykonania polecenia, zostaliby bez trudu odwołani.

Drugim sposobem ograniczenia wiążącego charakteru poleceń spółki-matki jest wyłączenie o charakterze podmiotowym. Sekcja 9.3 wymienia grupy menedżerów, dla których w każdym wypadku – niezależnie od spełnienia warunków doktryny Rozenblum – polecenia stanowią jedynie sugestie. Podmioty zwolnione z wykonywania poleceń zostały wyróżnione w ustawie modelowej z racji swojego szczególnego statusu. Pierwszą grupę stanowią dyrektorzy, którzy nie zostali wskazani przez spółkę-matkę lub akcjonariusza większościowego. W szczególności przypadek taki może powstać, gdy statut lub ustawa uprawnia osobę trzecią do wskazania członka zarządu. Uprawnienie to byłoby pozbawione swojego znaczenia, gdyby następnie taki członek zarządu musiał stosować się do poleceń akcjonariusza większościowego. Drugą grupę stanowią dyrektorzy, którzy są określani przez stosowany kodeks ładu korporacyjnego jako niezależni (*independent directors*). Trzecią grupę zarządców, niezwiązanych poleceniami spółki-matki, stanowią dyrektorzy, którzy są przedstawicielami pracowników w zarządzie (*employee representatives*). Te dwie ostatnie grupy zostały wyróżnione ze względu na swoje szczególne funkcje, których wykonywanie stałoby się niemożliwe, gdyby zostali oni poddani kierownictwu zarządu spółki-matki.

Podmiotowe ograniczenie wiążącego charakteru poleceń budzi pewne wątpliwości. Po pierwsze, prowadzi ono do wewnętrznego podziału zarządu na członków zarządu „od akcjonariusza większościowego” i pozostałych, podczas gdy zarząd powinien działać kolegialnie. Po drugie, należy pamiętać, że istotna część czynności dokonywanych przez członków zarządu to akty reprezentacji. Akt reprezentacji jest oderwany od aktu wewnętrznego

nego w postaci uchwały zarządu<sup>12</sup>. Jeśli tak, to zwolnienie niektórych członków zarządu z wykonywania poleceń spółki matki sprawia jedynie wrażenie pewnej równowagi, podczas gdy w rzeczywistości bierność tych „niezależnych” członków zarządu nie zmieni obrazu korporacyjnych decyzji. Przykładowo, w zarządzie zasiada pięciu członków, z których trzech jest związanych poleceniem, a dwóch nie (np. przedstawiciel pracowników i niezależny dyrektor). W takiej sytuacji spółka-matka wydaje polecenie zawarcia umowy z podmiotem spoza grupy. Wtedy, mimo braku związania dwóch członków zarządu takim poleceniem, trzej pozostali muszą zawrzeć taką umowę. Sytuacja akcjonariuszy mniejszościowych lub pracowników nie ulega zatem żadnej poprawie. Wystarczy bowiem, że poleceniem związanych będzie tylu członków zarządu, ilu uczestnictwo jest konieczne by dokonać aktu reprezentacji.

Podsumowując, koniecznym warunkiem do przyjęcia instrumentu regulacyjnego prawa zgrupowań przewidzianego w ustawie modelowej w postaci wiążących poleceń jest recypowanie założeń tzw. doktryny Rozenblum. Według ustawy modelowej, doktryna ta stanowi instrument legalizujący działania piastunów spółek zależnych wbrew interesowi partykularnej spółki, a także wyznacza zakres wiążących poleceń, które owi piastuni muszą wykonać. Tak szeroki zakres obowiązku zastosowania się do instrukcji spółki-matki i jego logiczny korelat w postaci wąsko zakreślonego prawa odmowy wykonania polecenia budzi wątpliwości. Kwestionować można także efektywność prawa do odmowy wykonania polecenia w świetle możliwości odwołania „nieposłusznego” członka zarządu w wyniku nacisków władz spółki-matki.

### ***3. Prawo wydawania wiążących poleceń według propozycji FECG***

Podobny mechanizm wystosowywania poleceń i zasady związania organów spółki zależnej poleceniem przewiduje propozycja FECG. Propozycja FECG różni się jednak od ustawy modelowej już w samym swoim kształcie. Nie przyjmuje ona bowiem lapidarnej formy redakcyjnej aktu prawnego, ale w sposób opisowy określa cele i zamierzenia, do których powinny zmierzać państwa członkowskie.

---

<sup>12</sup> S. Sołtysiński, A. Opalski, *Zaskarżanie uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych*, PPH 2010/11, s. 6.



Omówienie zakresu wiążących poleceń, a także mechanizmów ochronnych, które mają zabezpieczać interesy akcjonariuszy mniejszościowych i wierzycieli, wiąże się z koniecznością przedstawienia dwóch reżimów prawnych, które tworzą trzon propozycji FECG. Jest tak dlatego, że warunki związania poleceniem organów spółki zależnej różnią się w zależności od tego, czy polecenie wydawane jest tzw. spółce służebnej, czy też tzw. spółce zwykłej. Te dwa różne reżimy wynikają właśnie ze ścierania się funkcji ochronnej prawa spółek (niem. *Schutzfunktion*) oraz funkcji organizacyjnej (prawo spółek jako *enabling law*)<sup>13</sup>. W sytuacji, gdy brak akcjonariuszy mniejszościowych i potrzeby ich ochrony, pierwszeństwo należy przyznać funkcji organizacyjnej, a zatem ułatwić zarządzanie zgrupowaniem. Dlatego też propozycja FECG przewiduje w punkcie 9 i 10 uproszczony reżim tzw. spółki służebnej. Według propozycji by uzyskać ten status, spółka musi spełniać łącznie trzy warunki. Po pierwsze, musi pełnić jedynie funkcję pomocniczą w ramach grupy, co oznacza służyć wyłącznie interesom innych spółek należących do grupy (np. organizowanie finansowania, zarządzanie określonymi aktywami lub zasobami ludzkimi). Po drugie, spółka służebna nie może być zbyt dużym podmiotem. Według propozycji FECG spółka służebna nie może spełniać kryteriów średniego przedsiębiorstwa, a zatem nie może zatrudniać więcej niż dwustu pięćdziesięciu pracowników, suma aktywów jej bilansu nie może przekraczać dwudziestu milionów euro, a roczna sprzedaż – czterdziestu milionów euro<sup>14</sup>. Po trzecie, spółka służebna może mieć tylko jednego udziałowca lub akcjonariusza, którym jest spółka należąca do grupy. Wymóg jednego akcjonariusza eliminuje ryzyko pokrzywdzenia akcjonariuszy mniejszościowych, zaś instrumentalny charakter spółek służebnych oraz ich niewielkie rozmiary znacznie zmniejszają ryzyko pokrzywdzenia wierzycieli, choć nie eliminują go całkowicie. Spełnienie powyższych warunków uzasadnia postulat, aby tzw. spółki służebne zobowiązane były do wykonywania wszelkich poleceń, jakie wydaje im spółka-matka (punkt 11 propozycji FECG). Oznacza to w szczególności brak uzależnienia wiążącego charakteru polecenia od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych przesłanek (poza tymi, które decydują o możliwości nadania statusu spółki służebnej), a tym

---

<sup>13</sup> Zob. P. Hommelhoff, J. Schubel, *W sprawie prawa faktycznych grup spółek w Polsce. Uwagi do projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego*, MoP 2011/24, dodatek, s. 11-12.

<sup>14</sup> Por. Zalecenie Komisji Europejskiej 2003/361/WE z dnia 6.5.2003 r. w sprawie definicji mikro-, małych oraz średnich przedsiębiorstw, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003H0361&from=EN>, 23.7.2016 r.

samym brak prawa menedżerów służebnej spółki zależnej do odmowy wykonania polecenia.

Jedynym przewidzianym mechanizmem ochronnym jest pozbawienie wiążącego charakteru instrukcji, której wykonanie doprowadziłoby do niezdolności spółki do wypełnienia jej zobowiązań, których wymagalność przypada w okresie dwunastu miesięcy od wydania polecenia. Taka ochrona jest w pełni uzasadniona. Pełnienie jedynie funkcji pomocniczej w ramach grupy sprawia, że spółka ta będzie głównie działać w wewnętrznych relacjach grupowych. Nie można jednak wykluczyć, że wstąpi ona w jakieś relacje kontraktowe z podmiotami spoza grupy. Należy bowiem pamiętać, że spółka służebna – pomimo swojego szczególnego charakteru – jest pełnoprawnym uczestnikiem obrotu gospodarczego i może wstępować w stosunki z innymi podmiotami prawa, w szczególności z podmiotami nie należącymi do grupy. Ponadto, spółka taka może zatrudniać do dwustu pięćdziesięciu pracowników, których wierzytelności wobec spółki również zasługują na ochronę. Takie jest też uzasadnienie opisanego mechanizmu ochronnego.

Polecenie, nawet gdyby jego wykonanie doprowadziło do zagrożenia wypłacalności, jest jednak bezwzględnie wiążące, jeżeli spółka-matka, inna spółka należąca do grupy lub osoba trzecia udzieli odnawialnej gwarancji, że pokryje zobowiązania spółki zależnej, których wymagalność przypada w okresie dwunastu miesięcy po wydaniu polecenia. Instrument ten rodzi ryzyko nadużyć. W szczególności, skoro znaczenie ma tylko akt udzielenia gwarancji, takiego zapewnienia mogłaby udzielić spółka pozbawiona jakichkolwiek aktywów. W takiej sytuacji, polecenie musi być bezwzględnie wykonane (udzielono gwarancji), ale gwarancja ta oczywiście nie spełnia swojej funkcji ochronnej (gwarant nie wyrówna uszczerbku). By uniknąć opisanego zagrożenia, propozycja FECG przyznaje każdemu wierzycielowi spółki zależnej prawo żądania by gwarant wykazał swoją zdolność do wypełnienia obowiązków, które na siebie przyjął. Propozycja nie reguluje jednak skutków niewykazania takiej zdolności. Należy przyjąć, że niewykazanie zdolności do wypełnienia zobowiązań gwarancyjnych powoduje powrót do zasady, że polecenie zagrażające zdolności spłaty zobowiązań jest niewiążące. Rozwiązuje to problem tylko do pewnego stopnia, ponieważ polecenie wiąże od udzielenia gwarancji i może ono zostać wykonane zanim wierzyciel wystąpi do gwaranta o wykazanie swojej zdolności. Co istotne, jeśli rolę gwaranta przyjmuje spółka należąca do grupy, dyrektorzy spółki zależnej powinni być

w każdym czasie wyczerpująco informowani o stanie ekonomicznym i finansowym całej grupy oraz spółki-gwaranta.

Zagrożenia, które powstają w związku z regulacją tzw. spółek służebnych, są do pewnego stopnia złagodzone, ponieważ w żadnym wypadku nie może zostać zrealizowane polecenie spółki-matki lub innej spółki należącej do grupy, jeśli w wyniku jego wykonania istnienie spółki zależnej byłoby zagrożone. Ten mechanizm ochronny nie uchybia jednak prawu spółki-matki do formalnej likwidacji spółki zależnej.

W odróżnieniu od reżimu spółek służebnych, regulacja spółek zwykłych (tzn. wszystkich, które nie spełniają kryteriów spółek służebnych) powinna być oparta na doktrynie Rozenblum. W odróżnieniu od ustawy modelowej, propozycja FECG nie precyzuje jej przesłanek, a jedynie ogólnikowo zaznacza, że spółki zwykłe powinny podlegać reżimowi, który zapewni im możliwość wykorzystania pojawiających się okazji biznesowych. Z kolei relacje między spółką-matką a spółkami zależnymi powinny opierać się nie na podporządkowaniu, ale na równoważeniu interesów w perspektywie długoterminowej. Propozycja FECG traktuje spółki zwykłe jako podmioty, które powinny posiadać większą niezależność w ramach grupy oraz zdolność do rzeczywistego kształtowania polityki zarządczej. Propozycja nie przedstawia jednak konkretnych mechanizmów jurydycznych, które miałyby zapewnić spółkom zwykłym postulowaną samodzielną pozycję w ramach grupy. Wskazuje tylko, że konieczne jest w tym zakresie uregulowanie transakcji z podmiotami powiązanymi.

Podsumowując, mimo jedynie szkicowego charakteru propozycji FECG, wyłania się z niej oryginalny model dualistycznego systemu w ramach grupy, który stanowi kompromis między umożliwieniem spółce-matce prowadzenia bardziej elastycznej polityki biznesowej (w wypadku spółek służebnych), ale który dostrzega samodzielną pozycję większych podmiotów należących do grupy (w wypadku spółek zwykłych).

#### 4. Wnioski dla prawa polskiego

Aktualnie prawo polskie nie reguluje prawa zgrupowań, jeśli pominąć wadliwy art. 7 k.s.h.<sup>15</sup>. Sądy i praktyka stają zatem wobec „legislacyjnej białej plamy”<sup>16</sup>. W Polsce działają i powstają zgrupowania spółek, ale zasady ich funkcjonowania pozostawione są ogólnym instytucjom. Instytucje te, oparte na klasycznym dogmacie, że spółka powinna działać we własnym interesie, pozostają w kolizji z ekonomicznymi realiami. Dowodzą tego trzy orzeczenia. Pierwsze z nich to wyrok SA w Katowicach z dnia 3 grudnia 2012 r.<sup>17</sup>. Powodem wydania wyroku było zaskarżenie uchwały, którą podjęło walne zgromadzenie spółki zależnej, a która przewidywała przystąpienie do grupy i przyjęcie kodeksu grupy. Drugie orzeczenie to wyrok SA w Katowicach z dnia 25 lipca 2013 r.<sup>18</sup>, który wydano na skutek zaskarżenia przez akcjonariusza mniejszościowego uchwały w sprawie zasad wynagradzania członków zarządu. Przewidywała ona premię roczną dla członka zarządu za przestrzeganie współpracy w ramach grupy oraz dodatkową premię roczną płatną na podstawie zasad ustalanych uchwałą komitetu zarządzania grupą. Trzecie orzeczenie to wyrok SA w Warszawie z dnia 18 września 2013 r.<sup>19</sup>, w sprawie, w której do sporu doprowadziła zmiana statutu, przewidująca, że celem utworzenia spółki jest realizacja misji i strategii grupy. Dodatkowo, zmieniony statut zobowiązywał członków zarządu spółki zależnej do realizacji tak określonego celu utworzenia spółki (zobowiązywał do realizacji misji i strategii grupy przy prowadzeniu spraw spółki). Szczegółowa analiza wspomnianych orzeczeń jest poza zakresem niniejszego opracowania, jednak, co istotne, wszystkie te sprawy łączy to, że podstawą sporu były próby efektywnego zarządzania grupą. Grupy spółek zmierzają do usprawnienia zarządzania całą grupową strukturą poprzez powiązanie wynagrodzenia z wykonywaniem grupowej strategii (jak w wyroku sygn. V ACa 252/13), przyjmowanie kodeksów grupy (jak w wyroku sygn. V ACa 702/12), czy – wreszcie – poprzez statutowe zobowiązanie zarządu spółki zależnej do prowadzenia spraw spółki dla realizacji misji

---

<sup>15</sup> Por. K. Oplustil, T. Włudyka, *Das polnische Konzernrecht - Bemerkungen "de lege lata" und "de lege ferenda"* w Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, s. 863-874.

<sup>16</sup> Prawo koncernowe w Polsce. Legislacyjna biała plama, GP z 17.04.2008 r., dodatek.

<sup>17</sup> Wyrok SA w Katowicach z dnia 3 grudnia 2012 r., sygn. V ACa 252/13, niepubl., LEX nr 1236676.

<sup>18</sup> Wyrok SA w Katowicach z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. V ACa 252/13, niepubl., LEX nr 1363255.

<sup>19</sup> Wyrok SA w Warszawie z dnia 18 września 2013 r., sygn. I ACa 315/13, dostępny na Portalu Orzeczeń SA w Warszawie, <http://orzeczenia.waw.sa.gov.pl/>, 2.8.2016 r.

i strategii grupy (jak w wyroku sygn. I ACa 315/13). Świadczy to o potrzebie wprowadzenia instrumentu regulacyjnego prawa zgrupowań, który ułatwiłby zarządzanie grupą.

Polscy autorzy są jednak sceptyczni co do tego, czy instytucja wiążących poleceń jest odpowiednim środkiem do zaadresowania problemów, na które w swojej działalności natrafiają grupy spółek. S. Sołtysiński wskazuje, że takie podporządkowanie oznaczałoby umożliwienie władzom spółki dominującej połączenia korzyści z dwóch różnych światów („the best of the two worlds”)<sup>20</sup>. Zarządcy spółki-matki mogliby bowiem kierować podmiotem należącym do grupy, ale jednocześnie korzystać z dobrodziejstwa wyłącznej odpowiedzialności w stosunku do samej spółki zależnej, a także jej akcjonariuszy mniejszościowych lub interesariuszy. S. Sołtysiński kierował swoją krytykę w stosunku do projektu Ministerstwa Gospodarki<sup>21</sup>, który przewidywał możliwość wydawania wiążących dyrektyw spółkom zależnym i podporządkowywał je w istocie interesowi spółki dominującej<sup>22</sup>. Autor ten nie powieła jednak tej krytyki w stosunku do punktowej regulacji prawa zgrupowań opartej na tzw. doktrynie Rozenblum. Natomiast, ustawa modelowa łączy te dwa reżimy, uzależniając wiążący charakter polecenia od zrównoważenia w rozsądnej perspektywie czasowej uszczerbku, który ponosi spółka zależna. Dlatego też zarzut, że podporządkowanie poleceńiom pozbawi spółki zależne jakiegokolwiek autonomii jest w tym zakresie nieaktualny. Autonomię tę mają bowiem zapewnić przesłanki Sekcji 16, których niespełnienie uprawnia piastuna spółki zależnej do odmowy wykonania polecenia. A. Opalski stoi natomiast na stanowisku, że choć taki instrument ułatwia scentralizowane zarządzanie zgrupowaniem, to „nie stanowi niezbędnego narzędzia zapewnienia należytej organizacji grupy”<sup>23</sup>. Innymi słowy, zdaniem tego autora, już sam nieformalny nacisk na członków zarządu spółek zależnych wystarcza spółce-matce do wymuszenia określonego działania. Piastuni spółek zależnych ciągle mają jednak możliwość sprzeciwienia się niektórym wytycznym, ponieważ – zgodnie z kodeksem spółek handlowych – to oni prowadzą sprawy spółki. Taka możliwość zostaje w ogóle wyłączona w wypadku istnienia wiążącego polecenia. A. Opalski jest przeciwny przyznaniu prawa wydawania wiążących poleceń, które przewiduje ustawa modelowa

---

<sup>20</sup> S. Sołtysiński, *Zgrupowania spółek: dylematy ustawodawcy*, MoP 2011/24, dodatek, s. 4.

<sup>21</sup> Projekt ustawy o ograniczaniu barier administracyjnych, wersja z 8.3.2010 r.

<sup>22</sup> S. Sołtysiński, *Zgrupowania...*, s. 4.

<sup>23</sup> A. Opalski, *Europejska ustawa modelowa...*, s. 20.

wa, ponieważ – według tego autora – przesłanki odmowy wykonania polecenia zostały ujęte zbyt wąsko<sup>24</sup>. Dylemat sprowadza się zatem do rozstrzygnięcia czy piastunom spółek zależnych należy jedynie zezwolić na dokonywanie działań wbrew interesowi spółki zależnej, ale w interesie całej grupy, czy też zezwolić i jednocześnie nakazać takie działanie. Należy podzielić pogląd A. Opalskiego, że wprowadzenie wiążących instrukcji nie jest konieczne dla umożliwienia sprawniejszego zarządzania grupami spółek w Polsce. Wystarczające dla tego celu jest rozpoznanie interesu grupy. Jednakże wprowadzenie takiej instytucji doprowadziłoby do pewnego sformalizowania wpływów spółki dominującej, które poddane zostałyby prawnym standardom. Podsumowując, instrument ten nie jest konieczny by umożliwić sprawne działanie grup spółek, ale mógłby odnieść pozytywny skutek w postaci sformalizowania i większej transparentności działania zgrupowań.

## 5. Zakończenie

Niewątpliwie polski porządek prawny zyskałby na wprowadzeniu instrumentu ułatwiającego zarządzanie zgrupowaniem spółek. Potrzeba ułatwienia zarządzania nie przesądza jednak o wyborze instytucji wiążących poleceń do osiągnięcia tego celu. W postulatach doktryny można dostrzec pewną sprzeczność. Z jednej strony wskazuje się odformalizowane wpływy spółki-matki, która może wymusić na piastunach spółek zależnych każdą decyzję, a z drugiej zwraca się uwagę na potrzebę ułatwienia spółce-matce tego zarządzania. Kluczowe dla przyszłej regulacji prawnej nie jest jednak ułatwienie zarządzania, ale raczej jego sformalizowanie i poddanie prawnym standardom. Tylko taki zabieg umożliwi sądową kontrolę decyzji menedżerów spółek zależnych i wprowadzi pewność prawną w tym zakresie. Instytucja wiążących poleceń wydawanych przez spółkę dominującą spółkom zależnym mogłaby osiągnąć ten cel, choć jej ostateczny kształt należy poddać dyskusji. W szczególności, nie jest konieczna jej recepcja w kształcie proponowanym przez EMCA lub propozycję FECG. Akty te zostały stworzone także z myślą o ich częściowej implementacji. Dlatego też nie należy odrzucać całej instytucji wydawania poleceń, ale rozważyć rozszerzenie przesłanek odmowy wykonania polecenia przez piastunów spółek zależnych.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 22.



\* \* \*

**The right to give binding instructions in the light of the European Model Company Act and the proposal of the Forum Europaeum on Company Groups.**

**Summary:** The issues concerning law on groups of companies in Poland remain unaddressed by legislative action. This is due to the fact that proposed regulations by the Ministry of Economy as well as by the Civil Law Codification Committee were rejected. There is, however, a vivid European discussion regarding the manner in which the activities of groups should be tackled. This discussion led to the formulation of two initiatives. The first is the European Model Company Act. The second is the proposal by the Forum Europaeum on Company Groups to facilitate the management of cross-border company groups in Europe. Both initiatives consist of non-binding solutions prepared by experts. They may, however, inspire legislative action, since the approach taken both by EMCA and the proposal, revolves around the Rosenblum doctrine, which is accepted by the majority of Polish authorities in the field of company law. Examining the institution of binding instructions proposed by both instruments will allow to determine the practicality of such a solution to regulate the relations within the group.

**Key words:** Binding instructions, European Model Company Act, Forum Europaeum on Company Groups.

**Martyna Marczevska\***

## **Dobre praktyki oraz zasada *comply or explain* w świetle regulacji unijnych oraz najnowszych Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW.**

### **Streszczenie**

Artykuł odnosi się do instytucji kodeksów dobrych praktyk oraz do zasady *comply or explain*, na której się opierają. Szczególny nacisk położony został na unijne prawo miękkie, które wyznacza aktualne kierunki rozwoju korporacyjnego w państwach członkowskich. Dla lepszego zrozumienia złożoności problematyki zbiorów dobrych praktyk spółek publicznych w artykule zawarto również ogólny fragment, dotyczący różnic w poszczególnych systemach corporate governance, różnice te stanowią bowiem spore wyzwanie z perspektywy tworzenia jednolitych wymagań wspólnotowych wobec spółek publicznych. Wreszcie, w artykule zawarto krótki komentarz, dotyczący Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW, obowiązujących od 2016 r. oraz przykłady, pokazujące, jak polskie spółki publiczne radzą sobie ze sprawozdaniami, opartymi na zasadzie *comply or explain*. Artykuł ma na celu zbadanie kondycji polskich Dobrych Praktyk na tle wzorców unijnych oraz ich krytykę.

**Słowa kluczowe:** Dobre praktyki, *comply or explain*, GPW.

---

\* Autorka jest studentką prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.



## 1. Wprowadzenie

**1.1.** Niniejszy artykuł stanowi kolejną refleksję nad instytucją kodeksów dobrych praktyk spółek giełdowych oraz nad podstawowym mechanizmem, kierującym omawianymi zbiorami, czyli zasadą *comply or explain*. Rozważania dotyczyć będą również różniących się systemów *corporate governance* w kontekście prób stworzenia ujednoliconych ram regulacji unijnych, obejmujących standardy kodeksów dobrych praktyk. Szczególnie istotne wydaje się poczynienie, w oparciu o uprzednie rozważania, krótkiej analizy najnowszych Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW, które obowiązują emitentów na warszawskim parkiecie od stycznia 2016 r. Zbiór ten należy, niestety, ocenić negatywnie, ponieważ mimo zawartych w nim odwołań do zaleceń unijnych, autorzy nie zastosowali się do najważniejszych wspólnotowych wytycznych. Na paru przykładach ukazane również zostanie, w jaki sposób polskie spółki publiczne publikują obowiązkowe sprawozdania, dotyczące stosowania obowiązującego kodeksu dobrych praktyk.

## 2. Istota zasady *comply or explain*

**2.1.** Istotą kodeksów dobrych praktyk jest ich miękki charakter, który wyraża się w dobrowolności stosowania postanowień przez podmioty obecne na rynku kapitałowym. Definiuje się je jako niewiążący formalnie zbiór wytycznych, standardów lub pożądanых praktyk, dotyczących różnych aspektów nadzoru korporacyjnego<sup>1</sup>. Akty te mają zatem wyznaczać kierunki rozwoju oraz standardy rynku kapitałowego, nie mogą jednak podlegać przymusowemu wykonaniu. Adam Opalski stwierdza, iż bezwzględnie obowiązujące Dobre Praktyki (które miały być wstępnie częścią polskiego zbioru z 2008 r.) stanowią sprzeczność, którą należy utożsamiać z upadkiem idei *corporate governance* i kompromitacją rynku kapitałowego<sup>2</sup>. Dlatego też, podstawowa zasada, z którą należy wiązać zbiory dobrych praktyk, *comply or explain*, nie nakłada na spółki obowiązku wdrażania zawartych w kodeksach postanowień, jednak w wypadku nie stosowania ich, nakazuje wyjaśnić, z jakiego powodu spółka podjęła decyzję o ich odrzuceniu. Istotę mechanizmu dobrze określa sformułowanie *mandatory reporting on voluntary compliance*<sup>3</sup>, wskazujące na dobrowolność stosowania zasad przy jednoczesnym obowiązku sprawozdawczości, którego niedopełnienie może skutkować nawet karą administra-

---

<sup>1</sup> K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. 75.

<sup>2</sup> A. Opalski, *Nowe Dobre Praktyki w spółkach publicznych*, PPH 2008/3/12-19, s. 4.

<sup>3</sup> Obowiązkowe raporty dotyczące nieobowiązkowych wymogów.

cyjną<sup>4</sup>. Wszystko to ma służyć przejrzystości struktury i polityki spółki publicznej, dając inwestorowi podstawę do podjęcia przemyślanej decyzji, dotyczącej alokacji kapitału. Kodeksy pełnią zatem funkcję informacyjną dla pomiotów związanych z rynkiem kapitałowym. Należy również zaznaczyć, iż oświadczenie spółki o niestosowaniu danego zapisu zbioru, ma charakter neutralny i jeśli zostanie wyczerpująco uzasadnione, nie może stanowić podstawy do negatywnej oceny spółki przez inwestora<sup>5</sup>. Oświadczenie winno stanowić jednak odzwierciedlenie sposobu zarządzania spółką i uzasadniać wybór rozwiązań dostosowanych do sytuacji spółki. Właśnie z uwagi na te czynniki, mówi się, że kodeksy dobrych praktyk mają mieć dla spółek publicznych znaczenie dyscyplinujące i motywujące<sup>6</sup>. Spółki, obawiając się konsekwencji związanych z koniecznością ujawnienia nieprawidłowości w ich funkcjonowaniu, starają się bowiem unikać sytuacji, które mogą skutkować ich negatywnym odbiorem przez inwestorów. Dlatego też, można stwierdzić, iż jest to podejście, które zachęcając spółki do refleksji nad tym, czy stosowane przez nie praktyki ładu korporacyjnego są właściwe i jak zostaną zinterpretowane przez innych uczestników obrotu, zmusza je do działania w sposób bardziej odpowiedzialny<sup>7</sup>. Obowiązki informacyjne należy zresztą uznać za narzędzie fundamentalne dla realizacji postulatów nowoczesnego *corporate governance*<sup>8</sup>. Kluczową rolę dla współczesnych rynków kapitałowych ogrywa zatem transparentność spółek, ich przejrzystość.

**2.2.** Krzysztof Oplustil stwierdza, iż dyskursowi naukowemu, dotyczącemu *corporate governance* należy nadać obecnie charakter międzynarodowy i interdyscyplinarny<sup>9</sup>. W ramach niniejszego opracowania na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż kodeksy dobrych praktyk, mimo że tworzone są przez podmioty eksperckie, bez udziału władzy państwowej, stały się przedmiotem szerokiej dyskusji instytucji międzynarodowych, dotyczącej ponadnarodowej standaryzacji ich postanowień. W czasach intensywnego rozwoju międzynarodowych kontaktów gospodarczych oraz występowania problemów wynikających z kryzysu finansowego, rozwijanie reguł „zdrowego” ładu korporacyjnego

---

<sup>4</sup> A. S. Nartowski, *Dobre praktyki spółek notowanych na GPW Podręcznik*, s. 6  
[https://static.gpw.pl/pub/files/PDF/Podrecznik\\_DPSN\\_2016\\_9\\_03\\_16.pdf](https://static.gpw.pl/pub/files/PDF/Podrecznik_DPSN_2016_9_03_16.pdf).

<sup>5</sup> A. Mucha, *Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW 2016- kontynuacja czy rewolucja, Allerhand Working Paper 15/2016*, Kraków 2016, s. 16 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2741585](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741585).

<sup>6</sup> A. Mucha, *Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW 2016- kontynuacja czy rewolucja, Allerhand Working Paper 15/2016*, Kraków 2016, s. 11 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2741585](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741585).

<sup>7</sup> *Zielona Księga Unijne ramy ładu korporacyjnego*, Bruksela 2011, s. 22.  
[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/com2011-164\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_pl.pdf).

<sup>8</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 313.

<sup>9</sup> K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, Wstęp, s. XXI.

pozostaje kwestią ciągle aktualną i ważką dla prawidłowego funkcjonowania spółek publicznych, mających strategiczne znaczenie dla rozwoju gospodarki poszczególnych państw. Jest to jednak zadanie wyjątkowo trudne z uwagi między innymi na brak pełnej konwergencji systemów *corporate governance* w różnych państwach członkowskich UE.

**2.3.** Aby móc mówić o potrzebie ujednolicenia pewnych założeń kodeksów dobrych praktyk spółek publicznych, należy zacząć od rozważań dotyczących kształtu ładu korporacyjnego spółek publicznych w różnych krajach. Z uwagi na różnorodność rozwiązań legislacyjnych przyjętych w państwach członkowskich UE za szczególnie istotne należy uznać badania nad *corporate governance*, zwracające uwagę na odmienności kulturowe, historyczne i polityczne, wpływające na istnienie różnych systemów nadzoru korporacyjnego, które wciąż pozostają wobec siebie odrębne, mimo postępujących procesów globalizacyjnych<sup>10</sup>. Na tym etapie rozważań, warto zatem powrócić do podstawowych zagadnień teoretycznych związanych z ładem korporacyjnym spółek akcyjnych. W gospodarkach światowych wyróżniamy bowiem dwa podstawowe modele *corporate governance* - otwarty oraz zamknięty - różniące się między sobą przede wszystkim płynnością rynku, stopniem rozdrobnienia portfeli oraz strukturą akcjonariatu. System otwarty występuje w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii. Akcjonariuszami są w nim głównie różnego rodzaju fundusze, natomiast udział kapitałowy pojedynczych akcjonariuszy stanowi niewielki procent. Funkcjonowanie tego systemu możliwe jest jedynie w rozwiniętych rynkach kapitałowych<sup>11</sup>. System zamknięty charakterystyczny jest właściwie dla reszty krajów posiadających rynek kapitałowy. Akcjonariuszami strategicznymi są tu zazwyczaj banki, inwestorzy branżowi lub założyciele. Fundusze odgrywają w systemie zamkniętym mniejszą rolę<sup>12</sup>. Stworzenie jednolitych ram ładu korporacyjnego na terenie Unii Europejskiej stanowi niezwykle trudne wyzwanie wobec wymienionych różnic w tradycjach - kontynentalnej oraz anglosaskiej - ładu korporacyjnego. Zupełnie inne wymagania należy bowiem stawiać spółkom, wywodzącym się z modelu zamkniętego, posiadającym akcjonariusza większościowego, a inne tym z systemu otwartego, o rozproszonym akcjonariacie.

**2.4.** Jednym ze skutków bezrefleksyjnego przekładania na realia krajowe rozwiązań z innych systemów prawnych, nieprzystających do warunków konkretnego rynku kapitałowego, jest zrozumiały opór uczestników rynku. Przykład tego może stanowić chociażby obowiązek ustanowienia połowy

---

<sup>10</sup> K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, Wstęp, s. XXI.

<sup>11</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 296.

<sup>12</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 297.

członków niezależnych w radzie nadzorczej spółki, zaproponowany przez Warszawski Kodeks Dobrych Praktyk z 2002 r., a będący kalką rozwiązań anglosaskich. Zupełnie nie przystawał on do realiów systemu zamkniętego i szybko został zmodyfikowany, a w następnej wersji kodeksu - zupełnie wyrugowany ze zbioru.

**2.5.** Dlatego też, należy wysnuć wniosek, iż wszelkie ponadnarodowe rozwiązania winny stanowić jedynie ogólne ramy pożądanego ładu w spółkach publicznych - podstawę, którą można implementować, a następnie, pod okiem ekspertów oraz w ramach konsultacji społecznych, rozwinąć i dopasować do poszczególnych realiów rynku krajowego.

### **3. Sprawozdawczość w zakresie corporate governance w świetle regulacji unijnych**

**3.1.** Przechodząc do samej zasady *comply or explain*, wypada wspomnieć, iż została ona zawarta wprost w niezwykle istotnej z perspektywy funkcjonowania spółek Dyrektywie Parlamentu i Rady 2013/34/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek<sup>13</sup>, nakładającej na spółki wymóg, aby włączały one do swoich sprawozdań z działalności oświadczenie o stosowaniu zasad ładu korporacyjnego, jeżeli ich zbywalne papiery wartościowe dopuszczone są do obrotu na rynku regulowanym któregośkolwiek państwa członkowskiego. Państwa członkowskie miały obowiązek implementowania wspomnianego wymogu do porządków krajowych, tworząc powszechnie obowiązujące przepisy.

**3.2.** W kwietniu 2011 r. Komisja Europejska opublikowała Zieloną Księgę Unijne ramy ładu korporacyjnego, która ocenia skuteczność obecnych norm ładu korporacyjnego i poddaje pod rozagę kierunki przyszłych działań w tej dziedzinie – tak, aby stosowanie zasad ładu korporacyjnego było zjawiskiem coraz bardziej oczywistym dla spółek publicznych. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż Komisja już we wstępie tekstu podkreśla jak ważne dla funkcjonowania rynku wewnętrznego są zagadnienia *corporate governance*: "Ład korporacyjny i społeczna odpowiedzialność przedsiębiorstw stanowią najważniejsze elementy budujące zaufanie społeczeństwa do jednolitego rynku"<sup>14</sup>. W ocenie Komisji Europejskiej, dla ładu korporacyjnego kluczowe znacze-

---

<sup>13</sup> Dyrektywa Parlamentu i Rady 2013/34/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie rocznych sprawozdań finansowych, skonsolidowanych sprawozdań finansowych i powiązanych sprawozdań niektórych rodzajów jednostek, Bruksela 2013 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0034&from=PL>.

<sup>14</sup> *Zielona Księga Unijne Ramy Ładu Korporacyjnego*, Bruksela 2011, s. 2 [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/com2011-164\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_pl.pdf).

nie mają trzy zasadnicze kwestie: sprawnie działające i skuteczne rady dyrektorów, zaangażowani i egzekwujący wyniki od zarządów spółek akcjonariusze oraz efektywne stosowanie podejścia *comply or explain*. Komisja Europejska zleciła przeprowadzenie badań - ankiet w wybranych spółkach publicznych z różnych państw Unii Europejskiej, z różnych gałęzi gospodarki, o różnej kapitalizacji i strukturze akcjonariatu. Badania dotyczyły ogólnej kondycji ładu korporacyjnego w państwach członkowskich, natomiast ich wyniki potwierdziły przydatność zbiorów dobrych praktyk, opartych na zasadzie *comply or explain*. Oświadczenia i wyjaśnienia składane przez spółki stanowią bowiem istotne wskazówki dla inwestorów, przy dokonywaniu decyzji inwestycyjnych oraz przy ocenie wartości spółki<sup>15</sup>. W świetle przeprowadzonych badań, za największą zaletę omawianej zasady uznaje należy elastyczność, umożliwiającą dostosowanie do indywidualnej sytuacji spółki oraz to, że zachęca do prowadzenia działalności gospodarczej w sposób bardziej odpowiedzialny<sup>16</sup>. Badania wskazują jednak również na niedostateczną jakość oświadczeń, składanych przez spółki odstępujące od stosowania dobrych praktyk, co "ogranicza skuteczność unijnych ram ładu korporacyjnego i użyteczność tego systemu"<sup>17</sup>. Wskazano, iż 60% podmiotów rezygnujących ze stosowania rzeczonych zasad nie uzasadnia swojej decyzji w sposób dostateczny (wyjaśnień brakuje lub są one zbyt ogólne czy też niepełne)<sup>18</sup>. Komisja tłumaczy, iż przyczyną tego stanu rzeczy jest niezrozumienie przez odbiorców, jakiego rodzaju wyjaśnienia są wymagane - dlatego należy podnieść po raz kolejny, iż powinny być one jasne i precyzyjne<sup>19</sup>. Sytuację taką należy ocenić negatywnie. Zasada *comply or explain* ma gwarantować inwestorom szczegółowe informacje ze strony spółek publicznych, wskazujące na kondycję ładu korporacyjnego w spółce oraz na motywy kierujące kadrą zarządzającą. Komisja Europejska słusznie wskazała na potrzebę wspólnotowej regulacji, harmonizującej oraz podnoszącej standardy dotyczące informacji, które mają być publikowane przez spółki odstępujące od zaleceń zawartych w zbiorach dobrych praktyk, za czym opowiedziała się większość respondentów Księgi. Należy wysnuć wniosek, iż potrzebne jest rozwiązanie, w którym spółki oprócz ujawnienia powodu, dla którego od danego zalecenia odstępują, podają dokładny opis rozwiązania, które przyjmują w zamian.

---

<sup>15</sup> Kancelaria Sejmu, Biuro Analiz i Dokumentów, *Ekspertyza na temat zielonej księgi Komisji Europejskiej pt. „Unijne ramy ładu korporacyjnego”*, Warszawa 2011, s. 24 <http://ww2.senat.pl/k7/dok/opinia/2011/oe-173.pdf>.

<sup>16</sup> *Zielona Księga Unijne Ramy Ładu Korporacyjnego*, Bruksela 2011, str. 22 [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/com2011-164\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_pl.pdf).

<sup>17</sup> *Op. cit.*, s. 22.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, s. 22.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, s. 23.

**3.3.** Drugie istotne z perspektywy tego opracowania pytanie, zawarte w Zielonej Księdze, dotyczy zasadności rozszerzenia uprawnień organów monitorujących na kontrolowanie wartości informacyjnej wyjaśnień zawartych w oświadczeniach o stosowaniu ładu korporacyjnego oraz – w razie potrzeby - żądanie od spółek uzupełnienia wyjaśnień. Należy tutaj podnieść, iż ze zleconych przez Komisję Europejską badań wynika, że omawiane oświadczenia nie są w należyty sposób nadzorowane, ponieważ kontroli zewnętrznej podlega zwykle jedynie samo wypełnienie obowiązku publikacji oświadczenia oraz ewentualnie to czy spełnia wszystkie przewidziane przez prawo wymogi formalne. Poza kontrolą znajdują się zatem prawdziwość oraz wartość podawanych przez emitentów informacji, a także sankcje. Należy stwierdzić, iż zmiana takiego stanu rzeczy, może mieć bardzo pozytywny wpływ na przestrzeganie przez emitentów jak najwyższych standardów *corporate governance*. Jako przykładową propozycję rozwiązania problemu podaje się możliwość podawania wyników działań instytucji monitorujących do publicznej wiadomości, w celu zwrócenia uwagi na najlepsze praktyki oraz zachęcenia spółek do pełnej transparentności<sup>20</sup>. Spółki, chcąc zostać wyróżnione na tle innych, aby wzbudzić zainteresowanie inwestorów, będą starały się tworzyć jak najbardziej przejrzyste i wyczerpujące wyjaśnienia.

**3.4.** Zalecenie Komisji z dnia 9 kwietnia 2014 r. w sprawie jakości sprawozdawczości dotyczącej ładu korporacyjnego określa podejście *comply or explain* jako główny element ładu korporacyjnego. Elastyczność omawianej zasady pozwala bowiem na odstępianie od zasad kodeksu, jeśli ma to pomóc w efektywnym zarządzaniu spółką lub być bardziej adekwatne z uwagi na jej strukturę. Podejście takie pozostaje również w zgodzie z koncepcją biznesu odpowiedzialnego, uwzględniającego poza celem spółki, jakim jest generowanie zysku, rozsądne kształtowanie relacji ze wszystkimi zainteresowanymi stronami oraz dbałość o środowisko i społeczeństwo. Dlatego tak ważne jest, aby zasady ładu korporacyjnego spółek notowanych na rynku regulowanym w państwach członkowskich, opierały się na przejrzystości, odpowiedzialności i podejściu długoterminowym<sup>21</sup>.

W części szczegółowej zalecenie wskazuje wyraźnie, iż przekazywane przez spółki informacje winny być na tyle przejrzyste, dokładne i wyczerpujące, aby umożliwiały akcjonariuszom, inwestorom oraz innym zainteresowanym stronom dobre zrozumienie wspomnianego już sposobu zarządzania spółką. Ponadto informacje powinny odnosić się do cech charakterystycznych i sytuacji danej spółki, na przykład do jej wielkości, struktury własności lub innych istotnych elementów.

---

<sup>20</sup> *Op. Cit.*, s. 23.

<sup>21</sup> Zalecenie Komisji z dnia 9 kwietnia 2014 r. w sprawie jakości sprawozdawczości dotyczącej ładu korporacyjnego (podejście „przestrzegaj albo wyjaśnij”), Bruksela 2014 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32014H0208>.



**3.5.** Mając na uwadze poczynione uprzednio rozważania, na szczególną aprobatę zasługuje wydzielenie sekcji dotyczącej jakości wyjaśnień spółki w przypadku odstępstwa od kodeksu. Mimo, iż nie istnieje standardowy wspólnotowy „wzór sprawozdawczości”<sup>22</sup>, wszelkie sugestie unijne okazują się dla spółek giełdowych w państwach członkowskich istotnym wyznacznikiem pewnej wspólnotowej kultury ładu korporacyjnego. Unikając zbyt ogólnych i formalnych oświadczeń, spółki mają wyjaśnić, w jaki sposób dokonały odstępstwa od zalecenia i opisać przyczyny, określić, jak podjęto w spółce decyzję o odstępstwie od zalecenia, natomiast w przypadku, gdy odstępstwo jest ograniczone w czasie, wyjaśnić, kiedy spółka przewiduje rozpocząć przestrzeganie danego zalecenia. W stosownym przypadku spółki opisują środek podjęty zamiast przestrzegania zgodności i wyjaśniają, w jaki sposób służy on osiągnięciu podstawowego celu danego zalecenia lub kodeksu jako całości, lub wyjaśniają, w jaki sposób środek ten przyczynia się do generowania dobrego ładu korporacyjnego spółki.

#### ***4. Nowe Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW na tle poprzednich polskich zbiorów oraz wzorców europejskich***

**4.1.** W kontekście rozważań dotyczących europejskich standardów zbiorów dobrych praktyk, nie sposób nie wspomnieć o wejściu w życie najnowszej wersji zbioru obowiązującego dla spółek notowanych na GPW w Warszawie. Tekst nowego zbioru zdaje się sugerować, iż Giełda wzięła pod uwagę szeroką krytykę poprzedniej edycji, starając się wyeliminować błędy. Niestety, zmiany te wciąż odbiegają poziomem od najlepszych zbiorów i nie wprowadzają znaczących ulepszeń. Należy też zauważyć, iż GPW nie skorzystała z właściwie kluczowych sugestii zawartych w aktach unijnych, o czym mowa będzie w dalszej części artykułu. Na aprobatę zasługuje jednak fakt, że zbiór nawiązuje bezpośrednio do myśli unijnej (choćby do Zalecenia Komisji Europejskiej z 9 kwietnia 2014 r. w sprawie jakości sprawozdawczości dotyczącej ładu korporacyjnego (2014/208/UE)), powołując się na zalecenia wspólnotowe, jako źródło zastosowanych rozwiązań, co świadczy o poszanowaniu unijnych rozwiązań dotyczących rynków kapitałowych.

**4.2.** Największe zastrzeżenie dotyczące zbioru, to fakt, iż eksperci GPW nie zawarli w nowym zbiorze odpowiedniego komentarza, dotyczącego treści raportów o odstępstwach od stosowania zasad kodeksu. Kodeks, mimo bezpośredniego odwołania się do zalecenia Komisji Europejskiej doty-

---

<sup>22</sup> Zalecenie Komisji z dnia 9 kwietnia 2014 r. w sprawie jakości sprawozdawczości dotyczącej ładu korporacyjnego (podejście „przestrzegaj albo wyjaśnij”), Bruksela 2014 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32014H0208>.



czącego jakości sprawozdawczości ładu korporacyjnego, nie zastosował się do jej głównego postanowienia, nie określając jakie dokładnie elementy powinny się znaleźć w wyjaśnieniu o odstąpieniu od stosowania zasad ładu korporacyjnego. Kwestię tę ograniczono zasadniczo do stwierdzenia, iż wyjaśnienie powinno być wyczerpujące. Sformułowanie to jest wciąż zbyt ogólne i nie rozwiązuje problemów związanych ze stosowaniem *comply or explain*. Należy to rozwiązanie uznać za niezrozumiałe, biorąc pod uwagę liczne problemy związane ze stosowaniem zasady oraz szeroką dyskusję nad problemem na szczęblu unijnym.

Warto zwrócić także uwagę na wyodrębnienie w ramach zasad i rekomendacji kodeksu przesłanek pozwalających na zwolnienie z obowiązku przestrzegania zasad zawartych w kodeksie zgodnie z cechą określaną jako „adekwatność”. Wyjątki te związane są z indywidualnymi cechami spółki, takimi jak struktura akcjonariatu, skala działalności czy wielkość<sup>23</sup>. W przypadku podlegania takiemu wyłączeniu, spółka zobligowana jest jedynie do oświadczenia, iż podlega niejako automatycznemu wyłączeniu. Wówczas nie musi składać wyjaśnień stosownie do zasady *comply or explain*. Wprowadzenie takiego rozwiązania zwalnia zatem spółkę z obowiązków - stosowania oraz wyjaśniania. Co prawda spółka wciąż powinna złożyć wyjaśnienia, jednak jedynie w ograniczonym zakresie, tj. odnośnie spełniania przesłanek danego wyłączenia. Rozwiązanie to godzi w istotę funkcjonowania w obrocie kodeksów dobrych praktyk i stwarza ponadto ryzyko samowoli w interpretacji przesłanek wyłączających. Pojawia się zatem ryzyko nadużywania prawa do niestosowania się do zasad zbioru wyłączających. Pojawia się zatem ryzyko nadużywania prawa do niestosowania się do zasad zbioru bez konieczności uzasadniania tej decyzji. Z drugiej jednak strony, wprowadzenie takich wyjątków ma służyć uproszczeniu i zwolnieniu z obowiązku składania obszernych wyjaśnień spółek o niewielkiej skali działalności i znikomym znaczeniu gospodarczym.

**4.3.** Na pochwałę zasługuje fakt, iż GPW zastosowała się do zaleceń Komisji, dotyczących konieczności efektywnego monitorowania wypełniania przez spółki regulacji dotyczących ładu korporacyjnego ze szczególnym naciskiem na jakość wyjaśnień publikowanych przez spółki w oparciu o zasadę *comply or explain*. Rozwiązanie to można traktować jako swoisty substytut pominiętego wyjaśnienia, dotyczącego tego, jak mają wyglądać odstępstwa od stosowania *comply or explain*, pozwalający na indywidualną interpretację wyjaśnień z uwzględnieniem sytuacji danej spółki. W preambule Dobrych Praktyk Notowanych na GPW 2016 czytamy: *Stosując się do zaleceń Komisji Europejskiej, w ramach posiadanych uprawnień Giełda będzie monitorować sposób wypełniania przez spółki regulacji, dotyczących zasad ładu korporacyjnego, przywiązując szczególną wagę do*

---

<sup>23</sup> A. Mucha, *Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW 2016- kontynuacja czy rewolucja, Allerhand Working Paper 15/2016*, Kraków 2016, s. 39 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2741585](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741585).

weryfikacji jakości wyjaśnień publikowanych przez spółki w oparciu o zasadę *comply or explain*<sup>24</sup>. Kontrola taka ma motywować spółki do przestrzegania zasad ładu korporacyjnego lub sumiennego wyjaśniania odstępstw. Spółka, która złoży wyjaśnienia niewystarczające lub niedbałe, narażona będzie na negatywną ocenę ze strony GPW, co może skutkować jej niekorzystnym odbiorem przez inwestorów. Dlatego też GPW zobowiązała się do monitorowania podmiotów w wyżej wymienionym zakresie, w ramach posiadanych przez siebie uprawnień. Istnieje zatem szansa, że w ramach tych uprawnień GPW będzie dokonywała indywidualnych interpretacji i zaleceń, dotyczących dokładnej treści wyjaśnień emitentów. Tutaj jednak pojawia się pytanie, czy rozwiązanie to nie stanowi przejawu uzurpowania sobie przez Giełdę prawa do zbyt szerokiej ingerencji w funkcjonowanie spółek, które to może mieć negatywny wpływ na prawidłowe funkcjonowanie nowoczesnego rynku kapitałowego. Należy się zastanowić czy słusznym nie byłoby zaangażowanie w interpretację postanowień kodeksów dobrych praktyk podmiotu trzeciego, takiego jak na przykład niezależna organizacja pozarządowa.

**4.4.** Istotną zmianą wprowadzoną w nowej wersji Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW jest ich systematyka, wprowadzona zgodnie z wytycznymi zawartymi w zaleceniu dotyczącym jakości sprawozdawczości. Każdy rozdział rozpoczyna się od ogólnego wskazania celu, potem zawiera rekomendacje, podlegające obowiązkowi zamieszczenia informacji na temat ich stosowania w oświadczeniu o stosowaniu ładu korporacyjnego stanowiącym część rocznego sprawozdania spółki, natomiast wobec następujących potem w każdym rozdziale zasad szczegółowych, obowiązuje reguła *comply or explain*. Architektura ta stanowi wdrożenie zalecenia, aby dokonać podziału kodeksów na części, od których nie można odstąpić oraz na te, do których zastosowanie ma zasada *comply or explain*, a także te, które można stosować dobrowolnie.

**4.5.** Mówiąc o ingerencji GPW, nie można zapominać o fakcie, iż rola Giełdy przy wydaniu najnowszego zbioru nie ograniczyła się jedynie do wydania omawianego zbioru. GPW na swojej stronie opublikowała również na swojej stronie zakładkę "Pytania i odpowiedzi", w której zawarto interpretację postanowień nowego zbioru. Należy w tym miejscu zgodzić się z wyrażoną w piśmiennictwie negatywną oceną takiego rozwiązania<sup>25</sup>. Mimo, iż rozwiązanie to może stanowić dla emitentów spore ułatwienie w rozumieniu lakonicznych sformułowań, wdrażających postanowienia kodeksu, Giełda nie powinna narzucać niejako oficjalnej wykładni postanowień kodeksu, nie

---

<sup>24</sup> *Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW 2016*, Warszawa 2015, s. 7  
[https://static.gpw.pl/pub/files/PDF/inne/GPW\\_1015\\_17\\_DOBRE\\_PRAKTYKI\\_v2.pdf](https://static.gpw.pl/pub/files/PDF/inne/GPW_1015_17_DOBRE_PRAKTYKI_v2.pdf).

<sup>25</sup> A. Mucha, *Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW 2016- kontynuacja czy rewolucja, Allerhand Working Paper 15/2016*, Kraków 2016, s. 31 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2741585](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741585).

mając do tego wyraźnego upoważnienia. Rola GPW winna ograniczać się do partnerstwa w dyskusji i konsultacji nad kształtem pożądanego ładu korporacyjnego spółek akcyjnych - bez narzucania konkretnych rozwiązań<sup>26</sup>.

## **5. Stosowanie zasady *comply or explain* przez polskie spółki giełdowe - standardy sprawozdawczości *corporate governance***

**5.1.** Na koniec warto poczynić parę uwag dotyczących tego jak radzą sobie ze wymogami wynikającymi z zasady *comply or explain* polskie spółki publiczne. Spółki publikują informacje dotyczące stosowania zasad ładu korporacyjnego wraz ze sprawozdaniami rocznymi oraz w formie analogicznej do raportów bieżących. Światowe standardy ładu korporacyjnego są aktualnie na tyle wysokie, że najpoważniejsi emitenci na rynku regulowanym, aspirujący do dorównywania światowym gigantom, przywiązują dużą wagę do tworzenia jakościowych i transparentnych sprawozdań ze stosowania czy też niestosowania zasad *corporate governance*.

Przykładowo, w Sprawozdaniu Zarządu z działalności Grupy Kapitałowej Tauron Polska Energia z 2014 r. rozdział zawierający oświadczenie o stosowaniu ładu korporacyjnego stanowi kilkanaście stron opisujących, jakie zasady i w jaki sposób były praktykowane w Grupie, a od których odstąpiono. Rozdział ten podzielony jest na jednostki dotyczące zagadnień, takich jak chociażby opis działania Walnego Zgromadzenia, system wynagrodzeń wobec kadry zarządzającej i nadzorującej, czy też opis składu i funkcjonowania organów oraz utworzonych w ich ramach komitetów. Sprawozdanie to zasługuje na pochwałę z uwagi na szczegółowość oraz przejrzystość oraz to, że stanowi swoisty przewodnik po spółce, jej polityce, organach i ich uprawnieniach oraz wzajemnych relacjach.

**5.2.** Oprócz obligatoryjnych sprawozdań, ciekawym instrumentem pomagającym w kontrolowaniu przestrzegania standardów ładu korporacyjnego w spółce, jest tworzenie wewnętrznych ciał w organach spółek, dedykowanych temu celowi. Na pomysł taki wpadło PGE, które powołało do działania Komitet Ładu Korporacyjnego w ramach Rady Nadzorczej. Wyodrębnienie oddzielnego ciała, najlepiej eksperckiego, sprawującego bieżącą pieczę nad przestrzeganiem ładu korporacyjnego, dbającego o wybór najbardziej korzystnych dla spółek rozwiązań oraz odpowiedzialnego za dbanie o jakość przygotowywanych oświadczeń wydaje się być niezwykle praktycznym rozwiązaniem, biorąc pod uwagę rosnącą rolę *corporate governance* w budowaniu pozycji spółek publicznych, a także w podnoszeniu standardów całego rynku kapitałowego. Oświadczenie o stosowaniu ładu korporacyjnego w PGE w 2015 r. zamieszczone na stronie internetowej spółki, to z kolei

---

<sup>26</sup> *Op.cit.*, s. 31.

oddzielna broszura, zbudowana na podobnej zasadzie do oświadczenia Grupy Tauron. Rozwiązanie to wydaje się być jeszcze bardziej praktyczne z perspektywy podmiotów zainteresowanych, ponieważ udostępnienie oddzielnego pliku, dotyczącego jedynie ładu korporacyjnego, pozwala na łatwiejsze wyszukanie pożądanych informacji, bez konieczności wyszukiwania ich w zawartości obszernych sprawozdań z działalności. Oba dokumenty są również bardzo przejrzyste graficznie, zawierają zdjęcia i wykresy, przez co mimo obszernej i profesjonalnej treści są przystępne w odbiorze. Należy stwierdzić, iż wysoka jakość omawianych sprawozdań wpływa na prestiż spółki.

Przykładowo, za o wiele mniej czytelne uznać należy oświadczenie opublikowane w kwietniu 2016 r. przez Agora S.A. Stanowi ono właściwie ciągły tekst, którego podziały graficzne są niezauważalne. Zapoznanie się z treścią utrudnia także opisowy charakter tekstu, przez który ciężko znaleźć interesujące potencjalnego inwestora informacje. Podobne wrażenie ma się, czytając oświadczenie Orange Polska S.A. z 2015 r. Dokument nie zachęca graficznie, a ponadto jest zdecydowanie zbyt zwięzły.

## **6. Podsumowanie**

**6.1.** Zmierząc ku konkluzji, na aprobatę zasługuje wysoki stopień uwzględnienia przez twórców Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW 2016 zaleceń unijnych, zarówno jeśli chodzi o zawartość, jak i o systematykę kodeksu. Widać, iż Giełdzie zależy na tym, aby polski zbiór dorównywał najwyższym unijnym standardom. Szkoda jednak, że kodeks jest wciąż zbyt lakoniczny, zawiera zbyt mało wyjaśnień, pomagających zrozumieć funkcjonowanie skomplikowanych mechanizmów ładu korporacyjnego oraz w wielu miejscach, zamiast rozwijać niektóre kwestie, odwołuje się do aktów unijnych, nie załączając ani nie przytaczając ich treści. Przez to polski zbiór wciąż pozostaje w tyle za innymi kodeksami dobrych praktyk. Jako przykład wystarczy podać tutaj chociażby kodeks węgierski, chwalony w piśmiennictwie między innymi za swą kompleksowość, wyjaśnienie mechanizmu *comply or explain* i podanie wzoru wyjaśniania odstępstw od stosowania ładu korporacyjnego oraz za przedstawienie najważniejszych przepisów tamtejszego prawa spółek i rynku kapitałowego<sup>27</sup>. Miejmy jednak nadzieję, iż kolejne wcielenia Dobrych Praktyk potraktują zalecenia unijne oraz krytykę środowisk eksperckich w sposób całościowy poprzez doprecyzowanie w samym zbiorze jak dokładnie powinny wyglądać wyjaśnienia odstępstw od stosowania zasad ładu korporacyjnego - w zakresie większym niż zostało to uczynione w dotychczasowych wersjach dobrych praktyk oraz w regulacji zawartej w Regulaminie GPW.

---

<sup>27</sup> A. Mucha, *Dobre Praktyki Spółek Notowanych na GPW 2016 - kontynuacja czy rewolucja, Allerhand Working Paper 15/2016*, Kraków 2016, s. 72 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2741585](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2741585).

\* \* \*

**Good practice and the comply or explain rule in the light of EU regulations and the newest Good Practice of Companies listed at the Warsaw Stock Exchange.**

**Summary:** This article refers to codes of good practice and to their main rule - comply or explain. In this article emphasis was put on regulations of EU soft law due to their impact on current directions of corporate development in Member States. For a better understanding of the complexity of the issues related to codes of good practice, the article also contains a part that refers to the differences between particular corporate governance systems. These differences pose a big challenge, considering the creation of community requirements for public companies. Finally, the article contains a short commentary on the newest Good Practice of Companies listed at the Warsaw Stock Exchange and also there are a few examples of Polish public companies' reports based on the comply or explain rule. The purpose of this article is to examine and review the condition of Polish Good Practice as compared to EU patterns.

**Key words:** Good practice, comply or explain, Warsaw Stock Exchange.

**Kamila Możdżeń\***

## **European Model Company Act jako nowy instrument harmonizacji europejskiego prawa spółek.**

### **Streszczenie**

Przedmiotem żywej dyskusji w dziedzinie harmonizacji europejskiego prawa spółek stał się ostatnio przełomowy szkic europejskiej ustawy modelowej o spółkach - *European Model Company Act (EMCA)*, który po kilku latach prac najwybitniejszych ekspertów z całej Europy ujrzał światło dzienne. Modelowy europejski kodeks spółek handlowych, który państwa członkowskie będą mogły dobrowolnie implementować, ma pełnić rolę obiecującego dopełnienia dotychczasowych instrumentów harmonizacyjnych oraz inspirować ustawodawstwa narodowe podczas podejmowania przez państwa kolejnych reform. Celem artykułu jest przybliżenie problematyki ustawy modelowej z uwzględnieniem regulacji zawartych w ostatniej oficjalnej wersji projektu z 2015 roku. Ustawę poddano także analizie z perspektywy polskiego prawa spółek, zwracając uwagę na rozwiązania unormowane odmiennie. Istotnym zagadnieniem jest odpowiedź na pytanie o szanse powodzenia całego projektu, a zatem oszacowanie, czy ostatecznie spotka się on z pozytywnym odzewem ze strony państw członkowskich. W tym celu zwrócono uwagę na kwestie problematyczne, które powinny zostać wzięte pod uwagę w toku dalszych prac.

**Słowa kluczowe:** EMCA, prawo europejskie, prawo spółek.

---

\* Autorka jest studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

## 1. Wstęp

We wrześniu 2015 roku na Uniwersytecie Ekonomicznym w Wiedniu w ramach corocznej konferencji *European Company and Financial Law Review* został przedstawiony pierwszy projekt Europejskiej Ustawy Modelowej o Spółkach (*European Model Company Act*)<sup>1</sup>, tj. modelowego kodeksu spółek handlowych. W zamierzeniu ma być on alternatywnym narzędziem integracji europejskiego prawa spółek, pozostawiającym państwom członkowskim swobodną decyzję co do jego implementacji<sup>2</sup>. Ta dobrowolność powoduje jednak, że przyszłość aktu jest niepewna, zależna od chęci krajowych ustawodawców do odstąpienia od sprawdzonych tradycyjnych struktur i przyjęcia rozwiązań w nim zaprezentowanych. Moment upublicznienia pierwszego ogólnego szkicu stał się początkiem międzynarodowej dyskusji nad jego treścią oraz szansami powodzenia tej inicjatywy<sup>3</sup>. Celem opracowania jest dokonanie krytycznej analizy dogmatycznej i porównawczej ustawy modelowej na kilku płaszczyznach. Na początku przedstawiona zostanie geneza tej koncepcji i najważniejsze idee przyświecające jej realizacji. W następnej kolejności nastąpi omówienie struktury ustawy modelowej, z naciskiem na jej zakres przedmiotowy. Kolejnym elementem artykułu będzie próba spojrzenia na omawiany akt z perspektywy polskiego prawa spółek - w tym celu zestawiono przykładowe rozwiązania, które w ustawie modelowej zostały unormowane w sposób odmienny. W ostatniej części nastąpi krytyczna analiza projektu uwzględniająca przeszkody stojące na drodze powodzenia całego przedsięwzięcia i przedstawiająca propozycje udoskonaleń.

---

<sup>1</sup> Link do *European Model Company Act (EMCA) draft 2015*: <http://www.commerciallaw.com.ua/attachments/article/96/Final%20Draft%20EMCA%20Code.pdf>, 29.07.2016, dalej jako *EMCA (draft 2015)*.

<sup>2</sup> T. Baums, P. Krüger Andersen, *The European Model Company Act Project*, [in:] M. Tison, H. De Wulf, Ch. Van der Elst, R. Steennot, *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge 2009, p. 5-17.

<sup>3</sup> Zob. M. Ventoruzzo, *The New European Model Company Act* <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/10/14/the-new-european-model-company-act/>, 29.07.2016.



## 2. Geneza i cele ustawy modelowej

Koncepcja opracowania *European Model Company Act (EMCA)* narodziła się w 2007 roku, kiedy to na Uniwersytecie w Aarhus w Danii odbyło się pierwsze posiedzenie komisji<sup>4</sup> utworzonej z inicjatywy prof. Paula Krügera Andersena<sup>5</sup> i prof. Theodora Baumsa<sup>6</sup>. Spotkanie to zaowocowało powstaniem grupy roboczej składającej się z wybitnych ekspertów pochodzących ze wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej, którzy podjęli się ambitnego zadania opracowania generalnej europejskiej ustawy modelowej o spółkach. Grupa jest podmiotem prywatnym, niezależnym od Komisji Europejskiej i państw członkowskich. Należy zaznaczyć, że w pracach grupy eksperckiej uczestniczyli również dwaj polscy prawnicy: prof. dr hab. Adam Opalski i prof. dr hab. Stanisław Sołtysiński. O wymagającym charakterze przedsięwzięcia świadczy długotrwałość dotychczasowych prac - gremium przez 8 lat pracowało nad dokumentem, który w najnowszej wersji liczy około 430 stron.

Inicjatywa czerpie z tradycji Stanów Zjednoczonych<sup>7</sup>. Amerykański *Model Business Corporation Act (MBCA)*<sup>8</sup> odegrał ważną rolę integracyjną wobec braku wykształcenia się w Stanach jednolitego prawa spółek, które podlega ustawodawstwu poszczególnych stanów. *Model Business Corporation Act* stanowił źródło inspiracji dla systemów stanowego prawa spółek i został recypowany przez większość z nich w całości lub części<sup>9</sup>. Jego

---

<sup>4</sup> Relacja z wydarzenia dostępna na stronie: <http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/meetings/>, 25.07.2016.

<sup>5</sup> Professor prawa spółek na Uniwersytecie w Aarhus (*Aarhus School of Business*), członek zarządu *Danish Association of Corporate Governance*, przewodniczący *European Model Company Law Group*.

<sup>6</sup> Profesor prawa handlowego na Instytucie Prawa i Finansów Uniwersytetu J.W. Goethego we Frankfurcie nad Menem, członek grupy doradczej Komisji Europejskiej ds. ładu korporacyjnego i prawa spółek, członek *European Corporate Governance Institute*, wiceprzewodniczący *European Model Company Law Group*.

<sup>7</sup> Zob. EMCA( draft 2015), Introduction p. 4.

<sup>8</sup> Szerzej na temat *MBCA*: R. Garrett, *History, purpose and summary of the Model Business Corporation Act*, 6 Bus. Law. 1 (1950), p. 1-7; W. Campbell, *The Model Business Corporation Act*, 11 Bus. Law. 4 (1956), p. 98-110; E. Goldstein, *Revision of the Model Business Corporation Act*, 63 Texas Law Review 1471 (1985), R.A. Booth, *A Chronology of the Evolution of MBCA*, 56 Bus. Law. 2000, p. 63-37. Pełny tekst aktu jest dostępny do pobrania na stronie American Bar Association : <https://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=CL270000>.

<sup>9</sup> A. Opalski *Europejskie prawo spółek. Zasady prawa europejskiego i ich wpływ na polskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 609.

sukces wynikał z faktu, że nie został ogólnie narzucony, lecz wyrósł z doświadczeń ustawodawstw stanowych<sup>10</sup>.

Należy jednak zwrócić uwagę na kilka cech, które odróżniają oba projekty, przesądzając o bardziej wymagającym charakterze zadania, które stoi przed europejskimi akademiami. Przede wszystkim pomiędzy państwami członkowskimi brak jest poczucia narodowej wspólnoty, która niewątpliwie miała wpływ na powstanie chęci zbliżania się do siebie systemów prawnych w przypadku stanów USA. Wręcz przeciwnie, w świetle ostatnich wydarzeń, na przykładzie decyzji referendalnej obywateli Wielkiej Brytanii, możemy zaobserwować wyraźny przejaw tendencji separatystycznych, który jednocześnie może zostać potraktowany przez pozostałych członków Unii jako sygnał do wzmożonej ostrożności w stosunku do zacieśniania europejskiej integracji.

Również poziom zróżnicowania systemów prawnych, na które ma za zadanie oddziaływać *EMCA*, jest nieporównywalnie wyższy niż w przypadku ustawy amerykańskiej. Wyraźnym przykładem jest spór o pojęcie interesu spółki, a co za tym idzie współwystępowanie dwóch modeli ładu korporacyjnego – kontynentalnego i anglosaskiego<sup>11</sup>. Odmienności w sferze języka i tradycji prawnych mają przełożenie na rozdzwiek na płaszczyźnie orzecznictwa i doktryny, a tym samym na często zupełnie odmienne pojmowanie niektórych instytucji.

Propozycję ustawy modelowej należy postrzegać jako kolejną próbę zmierzającą do integracji prawa spółek w Europie. Cel tej integracji został wyrażony bezpośrednio w art. 50 ust. 2 TFUE. Zgodnie z tym przepisem, harmonizacja prawa spółek ma na celu stworzenie gwarancji „dla ochrony zarówno wspólników, jak i osób trzecich”<sup>12</sup>. Nadrzędnym założeniem jest również umożliwienie spółkom z różnych państw członkowskich swobodnego funkcjonowania na terenie całej Unii. Projekt ten ma stanowić alternatywę i uzupełnienie istniejących instrumentów europejskich mających na celu zbliżanie systemów

---

<sup>10</sup> Tamże.

<sup>11</sup> Konflikt perspektywy właścicielskiej prezentowanej przez Wielką Brytanię i perspektywy interesariuszy (Niemcy, Francja, Dania), szerzej na ten temat: J. Jeżak, *Corporate Governance - perspektywa akcjonariuszy oraz perspektywa stakeholders*, [w:] S. Kwiatkowski, *Dobra Gospodarka*, Warszawa 2006, s. 159-178, J. Jeżak, *Ład korporacyjny. Doświadczenia światowe oraz kierunki rozwoju*, Warszawa 2010, K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010.

<sup>12</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE nr C 115 z 9.5.2008 r., s. 47 i n.

prawa spółek państw członkowskich Unii Europejskiej<sup>13</sup>. Ustawa ma stanowić remedium na odnotowywane w ostatnich latach niepowodzenia prób reform europejskiego prawa spółek, których najbardziej wyrazistym przykładem był upadek koncepcji Europejskiej Spółki Prywatnej<sup>14</sup>.

Jak możemy przeczytać we wstępie do projektu, *EMCA* oferuje państwom członkowskim zharmonizowane prawo spółek w postaci wzorca, który państwa członkowskie będą mogły dobrowolnie implementować na potrzeby krajowe w całości lub części. Celem nie jest narzucanie państwom określonych schematów, jak ma to miejsce w przypadku dyrektyw czy rozporządzeń, ani tym bardziej stworzenie nowej ponadnarodowej spółki<sup>15</sup>. Jest to instytucja, której intencją jest wypracowanie jednolitego fundamentu upowszechniającego pewne standardy prawne i stwarzającego podobne warunki dla działalności gospodarczej w całej Europie. Jednocześnie umożliwia ona państwom członkowskim ochronę narodowych rozwiązań, ponieważ to właśnie przywiązanie do krajowych tradycji prawnych jest jednym z głównych czynników powodujących niechęć państw członkowskich do przyjmowania rozwiązań proponowanych przez Unię Europejską. Stanowiąc niewiążącą propozycję intelektualną *EMCA* ma na celu tzw. harmonizację oddolną<sup>16</sup> - głównym założeniem ustawy modelowej jest jej późniejsze oddziaływanie na kształt przyszłej legislacji krajów członkowskich.

Grupa robocza utrzymuje, że nie jest to projekt unijny, lecz projekt niezależny, zawierający rozwiązania różniące się od istniejących w prawie unijnym. Należy jednak zaznaczyć, że Komisja Europejska popiera prace oraz uczestniczy w nich jako obserwator, zatem czuwa by nowopowstałe przepisy były kompatybilne z normami unijnymi. Projekt ustawy modelowej wpisuje się również w założenia Planu działania (*Action Plan*)<sup>17</sup> przyjętego

---

<sup>13</sup> T. Baums, P. Krüger Andersen, *The European Model Company Act Project*, [in:] M. Tison, H. De Wulf, Ch. Van der Elst, R. Steennot, *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge 2009, s. p.5-17.

<sup>14</sup> M. Romanowski, W sprawie przyszłości europejskiego prawa spółek, SPP 2/2011, s. 3 i n.

<sup>15</sup> Baums, P. Krüger Andersen, *The European Model Company Act Project*, [in:] M. Tison, H. De Wulf, Ch. Van der Elst, R. Steennot, *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge 2009, p. 5-17.

<sup>16</sup> A. Radwan, *Ius dissidentium. Granice konsensusu korporacyjnego i władzy większości w spółkach kapitałowych*, A. Radwan, Warszawa 2016, s. 518.

<sup>17</sup> Dokument Komisji Europejskiej nr COM (2003) 284 final, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward*.

przez Komisję Europejską w 2003 roku, w którym położyła ona nacisk już nie na kompleksową harmonizację za pomocą dyrektyw, lecz na nowoczesne i alternatywne sposoby ujednolicania prawa spółek.

### ***3. Zakres i treść regulacji zawartych w najnowszej wersji projektu***

W celu ustalenia zakresu zagadnień, które ustawa modelowa ma za zadanie normować, konieczne jest zwrócenie uwagi na kilka kwestii. Po pierwsze na fakt, że nie istnieje jednolite pojęcie prawa spółek w Europie. W każdym państwie członkowskim zbiór norm określanych tym mianem jest różny. Mogą wchodzić w jego zakres przepisy prawa karnego, procedury cywilnej, prawa upadłościowego, czy też przepisy odnoszące się do papierów wartościowych. Wspólnym mianownikiem odróżniającym tę dziedzinę prawa od innych niewątpliwie jest cel stosowania tych norm - czyli regulowanie działalności spółek. W związku z potrzebą zapewnienia przejrzystości aktu, niezbędnym było odgraniczenie materii, której związek z prawem spółek ma bardziej pośredni charakter. Tym samym ustawa modelowa nie porusza niektórych kwestii bezpieczeństwa obrotu i związanej z nim tematyki transparentności funkcjonowania spółki, prania brudnych pieniędzy czy przestępstw podatkowych, przesądzając o osobnym uregulowaniu tej materii. Z tych samych względów projekt nie zawiera również regulacji odnoszących się do papierów wartościowych poza materią bezpośrednio związaną z problematyką prawa spółek (a zwłaszcza spółek notowanych na giełdzie). Autorzy chcieli również wystrzec się regulowania zagadnień, które zostały już dostatecznie zharmonizowane na płaszczyźnie europejskiego prawa spółek.

Projekt ustawy modelowej jest podzielony na szesnaście rozdziałów poruszających takie kwestie, jak zakładanie i rejestracja spółki, obowiązki zarządu i ład korporacyjny, kapitał zakładowy, zgromadzenia wspólników, ochrona akcjonariuszy mniejszościowych, rozwiązanie i likwidacja spółki, odpowiedzialność członków zarządu, akcjonariuszy i osób trzecich, rachunkowość, audyt, grupy spółek oraz kwestie transgraniczne. Wskazane regulacje mają w założeniu mieć zastosowanie zarówno do spółek prywatnych jak i publicznych. Ustawa zawiera zarówno przepisy bezwzględnie jak i względnie obowiązujące, z zauważalną przewagą tych drugich. Wynika to z głównego zamierzenia, aby akt był łatwy do aplikowania w praktyce i odpowiadał indywidualnym potrzebom podmiotów gospodarczych. Celem norm względnie obowiązujących jest umożliwienie kształtowania struktury spółki sto-

sownie do aktualnych potrzeb akcjonariuszy. Normy bezwzględnie obowiązujące mają zagwarantować przede wszystkim stosowanie naczelnych zasad prawa spółek.

Ustawa modelowa w pierwszym rozdziale statuuje podstawowe i szeroko już znane zasady prawa spółek takie jak: równe prawa akcjonariuszy i ochrona mniejszości<sup>18</sup>, swoboda rozporządzalności udziałem<sup>19</sup>, obowiązek lojalności i należytej staranności zarządu<sup>20</sup> czy wolność przemieszczania się na terytorium Unii<sup>21</sup>. Najważniejszymi wytycznymi dla autorów miała być prostota oraz elastyczność regulacji. W zamierzeniu ustawa miała unikać zbyt szczegółowych przepisów, by pozostawić przestrzeń narodowej legislacji, uwzględniającej lokalne uwarunkowania. Cel ten jednak nie do końca został osiągnięty, o czym świadczy masywny rozmiar dokumentu (430 stron) oraz szczegółowość unormowania niektórych kwestii<sup>22</sup> np. głosowania przez pełnomocnika<sup>23</sup> czy zawiadomienia o zgromadzeniach akcjonariuszy<sup>24</sup>.

#### **4. Ustawa modelowa z perspektywy polskiego prawa spółek**

Na samym początku należy wyjaśnić, że przekładając *EMCA* na płaszczyznę polskiego kodeksu spółek handlowych, miałyby ona zastosowanie jedynie do działalności spółek akcyjnych, spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz w części do spółek komandytowo – akcyjnych, zatem nie odnosiłaby się do większości spółek osobowych<sup>25</sup>.

Jeśli chodzi o samo utworzenie spółki, to zasadniczą różnicą pomiędzy *EMCA* a rozwiązaniami obowiązującymi w polskim systemem prawnym jest to, że ustawa modelowa nie zawiera obostrzeń dotyczących zakładania spółki kapitałowej przez jednoosobową

---

<sup>18</sup> Sekcja 1.09 *EMCA* (draft 2015).

<sup>19</sup> Sekcja 1.07 *EMCA* (draft 2015). Z uwzględnieniem ograniczeń wynikających ze statutu spółki.

<sup>20</sup> Sekcja 1.11 *EMCA* (draft 2015).

<sup>21</sup> Sekcja 1.13 *EMCA* (draft 2015).

<sup>22</sup> Tak: M. Ventrizzo, *The New European Model Company Act*, <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/10/14/the-new-european-model-company-act/>, 22.07.2016.

<sup>23</sup> Sekcja 11.07 *EMCA* (draft 2015).

<sup>24</sup> Sekcja 11.16-18 *EMCA* (draft 2015).

<sup>25</sup> Zob. *EMCA* (draft 2015), komentarz do sekcji 1.03.

spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością<sup>26</sup>. Wprowadzono również minimalny kapitał zakładowy dla spółek publicznych na poziomie 25 tysięcy euro, natomiast brak jest takiego wymogu dla spółek prywatnych, zatem może on się ukształtować nawet na poziomie 1 euro<sup>27</sup>. Brak minimalnego kapitału zakładowego to rozwiązanie przyjęte w takich państwach jak Wielka Brytania, Francja, Irlandia czy Portugalia. W Polsce tendencja znoszenia funkcji ochronnej kapitału zakładowego również jest coraz wyraźniej widoczna. Dobrym przykładem tego jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gdzie w wyniku nowelizacji kodeksu spółek handlowych z 2008 roku obniżono minimalną wartość kapitału zakładowego z 50 000 zł do 5000 zł<sup>28</sup>. Kwestionowana jest również rola kapitału zakładowego jako skutecznego instrumentu ochrony wierzycieli w przypadku spółki akcyjnej<sup>29</sup>.

W materii rejestracji ciekawym rozwiązaniem, niewystępującym w polskim systemie prawnym, a przejętym z belgijskiego prawa, jest obowiązek złożenia deklaracji przez członków zarządu, iż spółka ma wystarczające środki finansowe na pokrycie zobowiązań, które mogą powstać podczas pierwszego roku jej funkcjonowania<sup>30</sup>. Jest to zatem niejako zapewnienie o wypłacalności spółki, którego celem jest zmuszenie zarządu do szacowania przyszłych wydatków i tym samym potrzebnego kapitału.

Kontynuując temat zakładania spółki - artykuł 3 Dyrektywy 2009/101/WE<sup>31</sup> dotyczącej ochrony interesów wspólników i osób trzecich, przewiduje, że spółki powinny mieć zapewnioną możliwość dokonania elektronicznej rejestracji. Dzięki kilku ostatnim nowelizacjom kodeksu spółek handlowych postulaty te zostały częściowo uwzględnione w polskim prawie spółek (w stosunku do spółek jawnych, komandytowych oraz z ograniczoną odpowiedzial-

---

<sup>26</sup> Por. art. 151 § 2 k.s.h. i sekcję 2.02 EMCA (draft 2015) wraz z komentarzem do tego przepisu.

<sup>27</sup> Sekcja 2.07 pkt 1 EMCA (draft 2015).

<sup>28</sup> Ustawa z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy - Kodeks spółek handlowych, Dz.U. 2008 nr 217 poz. 1381; art. 154 § 2 k.s.h.

<sup>29</sup> J. Napierała, *Europejskie prawo spółek. Prawo spółek Unii Europejskiej z perspektywy prawa polskiego*, Warszawa 2013, s.200-201. Szerzej na ten temat: A. Radwan, *Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, [w:] M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, *Europejskie prawo spółek, tom II: Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, Zakamycze 2005, s. 23-100.

<sup>30</sup> Sekcja 3.01 pkt 1c EMCA (draft 2015).

<sup>31</sup> Dyrektywa 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 września 2009 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 48 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich.



nością<sup>32</sup>). Ustawa modelowa idzie krok dalej, konstruując obowiązek elektronicznej rejestracji spółek, a pośrednio obowiązek państw członkowskich zapewnienia im do tego odpowiednich środków<sup>33</sup>. Jest to związane z generalnym założeniem *EMCA* dotyczącym maksymalizacji wykorzystywania środków elektronicznych. W przedmiocie funkcjonowania spółki przed wpisem do rejestru warto także zaznaczyć, że w przeciwieństwie do uregulowań kodeksu spółek handlowych, spółka w organizacji nie może zaciągać zobowiązań, jeśli natomiast dojdzie do sytuacji, w której powstanie taka konieczność, to nie spółka, lecz osoby występujące w jej imieniu będą zaciągać zobowiązania, a następnie odpowiadać za nie solidarnie. Dopiero w momencie rejestracji te zobowiązania automatycznie przejdą na spółkę.

Jak już zostało wcześniej wspomniane, *Company Act* poprzez oparcie się w wielu kwestiach na przepisach względnie obowiązujących pozostawia wiele przestrzeni dla odmiennych unormowań, odsyłając tym samym do regulacji zawartych w statucie. Tak jest na przykład w zakresie instrumentów finansowych emitowanych przez spółki, gdzie *EMCA* ustanawiając ich otwarty katalog przekazuje uregulowanie tej materii indywidualnej decyzji spółki. Poruszając problematykę akcji należy zaznaczyć, że w przeciwieństwie do polskiego prawa akcyjnego, akcje mogą nie posiadać wartości nominalnej określonej w statucie (*no par value shares*)<sup>34</sup>. Koncepcja braku wartości akcji nominalnej została zaczerpnięta m.in. z fińskiego (od 2006 r.)<sup>35</sup> i belgijskiego (od 1913 r.)<sup>36</sup> porządku prawnego. Koncepcja ta opiera się na założeniu, że wartość akcji nie jest wyrażona w postaci konkretnej kwoty, lecz reprezentuje część kapitału zakładowego (akcje pozornie beznominalowe)<sup>37</sup>. Posiada zatem tzw. wartość rachunkową (*accountable par*), która jest wynikiem ilorazu kwoty kapi-

---

<sup>32</sup> Art. 23<sup>1</sup>, 106<sup>1</sup>, 157<sup>1</sup> k.s.h.

<sup>33</sup> Sekcja 3.08 *EMCA* (draft 2015).

<sup>34</sup> Sekcja 2.08 *EMCA* (draft 2015).

<sup>35</sup> Rozdz. 3 § 5 fińskiego kodeksu spółek (*Osaakehtiölaki*).

<sup>36</sup> Art. 238 belgijskiego kodeksu spółek (*Code des sociétés*). Szerzej na ten temat: H. Coing, H. Kronstein, Die nennwertlose Aktie als Rechtsproblem, *Rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des amerikanischen Rechts*, Frankfurt 1959, S. 104 ff.

<sup>37</sup> M. Cejmer, K. Zawicki, *Akcje bez określonej wartości nominalnej (akcje beznominalowe)*, [w:] M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, *Europejskie prawo spółek: tom II: Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, Zakamycze 2005, s. 101-174.



tału zakładowego i aktualnej liczby akcji<sup>38</sup>. EMCA dopuszcza również emitowanie akcji realnie beznominałowych – niepowiązanych z kapitałem zakładowym spółki<sup>39</sup>. Za korzyści płynące z przyjęcia systemu akcji beznominałowych można uznać brak konieczności wymiany dokumentów akcji w przypadku zmiany wartości nominalnej, a także ułatwienie dokonywania zmian wysokości kapitału zakładowego<sup>40</sup>. Przy przyjęciu beznominałowych akcji co do zasady funkcjonuje reguła „jedna akcja – jeden głos” (*one share, one vote*). Przy akcjach nominałowych o różnych wartościach prawa głosu są proporcjonalne do wartości akcji, co przesądza o możliwości emitowania akcji posiadających kilka głosów<sup>41</sup>. Takie rozwiązanie w polskim prawie akcyjnym jest na obecną chwilę zabronione<sup>42</sup>. W odróżnieniu od kodeksu spółek handlowych ustawa modelowa pozwala także na operowanie tzw. *loyalty shares*<sup>43</sup> – czyli akcjami, które wskutek upływu czasu nabierają większych praw korporacyjnych lub uprzywilejowania co do dywidendy. Najbardziej rozpowszechnione jest stosowanie tej instytucji w prawie francuskim, które przewiduje m.in. możliwość podwyższenia dywidendy w stosunku do długoterminowych akcjonariuszy<sup>44</sup>.

Przejawem dużej swobody ustawodawstw narodowych jest kwestia samej struktury spółki. Ustawa modelowa pozostawia w tym zakresie wybór państwom członkowskim i właśnie dlatego mogą istnieć spółki, w których funkcjonuje system monistyczny (walne zgromadzenie i rada dyrektorów - zarząd) albo system dualistyczny (oddzielny organ nadzorczy)<sup>45</sup>. W przypadku polskiej spółki akcyjnej wciąż obligatoryjne jest funkcjonowanie rady nadzorczej, lecz należy wspomnieć, że w polskiej doktrynie już od dawna jest wysuwany postulat umożliwienia spółkom akcyjnym wyboru systemu monistycznego, który

---

<sup>38</sup> Tamże.

<sup>39</sup> Tamże.

<sup>40</sup> A. Opalski, *Kodeks spółek handlowych. Tom III A. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301-392*, Warszawa 2016, s. 341 i n.

<sup>41</sup> Sekcja 5.06 EMCA (draft 2015).

<sup>42</sup> Art. 351 § 1 i 2 k.s.h i art. 352 k.s.h.

<sup>43</sup> Komentarz do sekcji. 5.06 EMCA (draft 2015). Szerzej na temat *loyalty shares*: P. Bolton, F. Samama, *L-Shares: Rewarding Long – Term Investors*, ECGI - Finance Working Paper No. 342/2013, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2188661](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188661), 29.7.2016.

<sup>44</sup> Art. L.. 232-14, art. L.228-91 francuskiego kodeksu handlowego (Code de commerce).

<sup>45</sup> Rodz. 8 EMCA (draft 2015).

obecnie dominuje na świecie<sup>46</sup>. Na gruncie ustawy modelowej to państwo członkowskie opierając się na własnych doświadczeniach i tradycji, powinno podjąć decyzję, sama zaś ustawa zawiera tylko ogólne regulacje odnoszące się do każdego z przyjętych systemów.

Omawiając relacje istniejące pomiędzy *EMCA* a polskim prawem spółek, należy zwrócić uwagę na fakt, że jedną z czołowych koncepcji ustawy modelowej jest promowanie rozwiązań obowiązujących w mniejszych krajach członkowskich. Ma to stanowić przeciwieństwo legislacji unijnej, która w większości opiera się na prawie jej wiodących członków. Narzędziem do tego miał być skład grupy eksperckiej, a dokładniej równa reprezentacja wszystkich państw. Dlatego rozwiązania zaproponowane w wersji z 2015 roku rzeczywiście bazują na zróżnicowanych doświadczeniach wszystkich państw członkowskich. Metoda prawnoporównawcza jest szczególnie widoczna w obszernych komentarzach umieszczonych obok każdej sekcji. Stanowią one prawdopodobnie najbardziej wartościową część całego dokumentu, która umożliwia zrozumienie czasami dość lakonicznie sformułowanych przepisów. Naświetlają też genezę przyjętego rozwiązania oraz odwołują się do pokrewnej regulacji w narodowych systemach prawnych, co pozwala na bardziej dogłębną analizę danej instytucji. Spoglądając całościowo na akt trudno jednak nie zauważyć znaczącego wpływu rozwiązań pochodzących z ustawodawstw państw nordyckich. Jest to zapewne związane z pochodzeniem projektu oraz wyraźnym zaangażowaniem prawników skandynawskich.

## **5. Perspektywy powodzenia *EMCA***

Po opublikowaniu pierwszego projektu ustawy powstaje pytanie o słuszność przekonania twórców, że wzorzec ten spotka się z pozytywnym odzewem ze strony państw członkowskich. Krytycy podnoszą, że wbrew założeniom inicjatorów *EMCA*, brak jest jej tej cechy, która była dźwignią sukcesu *Model Business Corporation Act* – innowacyjności<sup>47</sup>. Stanowiąc zatem jedynie kompromis rozwiązań wcześniej znanych i prezentowanych na arenie europejskiej, brak jej będzie atrakcyjności, która mogłaby skusić do odstąpienia od sprawdzonych narodowych struktur. Wskazuje się również, że ustawa modelowa będzie

<sup>46</sup> A. Opalski, *Stan i perspektywy europejskiego prawa spółek a rozwój polskiego prawa spółek*, SPP 1/2008, s. 108.

<sup>47</sup> M. Romanowski, *Czy modelowe europejskie prawo spółek może stanowić efektywny środek integracji europejskiego prawa spółek?*, MPH 1/2011, s. 41-50.

musiała się zmierzyć z tymi samymi trudnościami, co instrumenty przymusowej harmonizacji<sup>48</sup>. Oznaczać to może niechęć do implementacji ze strony państw, którym ten rodzaj legislacyjnej inspiracji nie jest potrzebny ze względu na kompleksowość własnego ustawodawstwa. W takiej sytuacji jest na przykład Wielka Brytania posiadająca w pełni wykształcony kodeks handlowy - *Companies Act* z 2006 roku (1300 artykułów) czy też Niemcy (*Aktien-gesetz* - 410 artykułów). Tym samym oddziaływanie ustawy modelowej będzie ograniczone jedynie do państw, które nie posiadają własnych regulacji w określonym zakresie.

Inną tezę wysuwaną przeciw ustawie modelowej jest jej czysto akademicki charakter, czyli brak udziału praktyków w pracach nad nią, czy też zaniechanie odbycia konsultacji z przedsiębiorcami. Należy jednak zauważyć, że odkąd projekt został upubliczniony jest on tematem dyskusji specjalistów na całym świecie, a więc każdy ma prawo do przedstawienia swojej opinii, w tym przede wszystkim osoby bezpośrednio zainteresowane tą materią. Owocem przekazanych uwag krytycznych będzie nowy udoskonalony szkic, który prawdopodobnie niedługo ujrzy światło dzienne, jednak jak dotąd nie zostało sprecyzowane, kiedy to nastąpi.

Uniformizacja prawa ma przyciągnąć inwestorów poprzez umożliwienie im oparcia swojej decyzji w większej mierze na przesłankach ekonomicznych aniżeli prawnych. Stworzenie jasnych reguł i zminimalizowanie ryzyka wynikającego z różnic legislacyjnych ma być postrzegane jako zaleta przy podejmowaniu przez przedsiębiorców decyzji o miejscu prowadzenia działalności. Jeśli rzeczywiście tak zostałyby to zinterpretowane przez inwestorów, to skutkiem mogłaby być większa szansa sukcesu całego projektu, gdyż państwa członkowskie chcąc być bardziej atrakcyjne dla przedsiębiorców chętniej implem-towałyby przepisy ustawy modelowej. Konkurencja regulacyjna pomiędzy państwami może być przecież czynnikiem pozytywnym (*race to the top*), podnoszącym innowacyjność prawa spółek<sup>49</sup>. Pod tym względem może również wspomagać harmonizację, gdyż efektywne rozwiązania prawne wprowadzane przez jedno państwo są chętnie przejmowane przez inne.

---

<sup>48</sup> J. Payne, *The Role of European Regulation and Model Acts in Company Law* [in:] U. Bernitz, W.G. Ringe, *Company Law and Economic Protectionism. New Challenges to European Integration*, Oxford 2010, p. 326 - 333.

<sup>49</sup> G. Hertig, J. McCahery, *Company and Takeover Law Reforms In Europe: Misguided Harmonization Efforts or Regulatory Competition?*, *European Business Organisation Law Review* 2003, No 4, p. 188. Mimo dominującego w doktrynie europejskiej doktryny *race to the bottom*. Szerzej na ten temat: L.A. Bebchuk, *Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law*, *Harvard Law Review*, Vol. 105, No. 7 (1992), p. 1443-1510.

Biorąc to pod uwagę, gwarancją sukcesu byłoby stworzenie przez autorów *EMCA* najwyższej jakości prawa spółek, które zapewniłoby udoskonalenie rodzimych rozwiązań.

Niewątpliwą zaletą *EMCA* jako instrumentu *soft law* może być jej elastyczność i stosunkowa łatwość dostosowywania się do zmieniających się warunków gospodarczych. Jest to reakcja na zarzuty stawiane dyrektywom, gdzie proces dokonywania ulepszeń jest długi i skomplikowany. W przypadku ustawy modelowej gwarancją tego ma być nieprzerwane funkcjonowanie grupy roboczej już po przedstawieniu pierwszej ostatecznej wersji ustawy. Jej zadaniem będzie wtedy nieustanne aktualizowanie aktu i nanoszenie na niego odpowiednich zmian.

Zamierzeniem ustawy modelowej jest ujednolicenie europejskiego prawa spółek, jednak równocześnie *EMCA* zawiera wiele klauzul generalnych dających państwom członkowskim szeroką swobodę interpretacyjną. Umożliwia tym samym kształtowanie spółki w sposób najbardziej dogodny dla stron. Z drugiej strony, może to w rezultacie doprowadzić do sytuacji, w której pomimo implementacji wzorca, cel harmonizacyjny w gruncie rzeczy nie zostanie osiągnięty, na skutek odmiennej wykładni przepisów. Różna interpretacja przepisów może być, tak jak w przypadku dyrektyw, wynikiem odmiennych tradycji prawnych. Powstaje zatem pytanie, kto będzie stosował przepisy ustawy modelowej już po jej implementacji w państwach członkowskich. Jeśli ta rola przypadnie sądom krajowym, to biorąc pod uwagę często występującą niejednolitość orzecznictwa nawet na gruncie prawa narodowego, tym bardziej można spodziewać się braku porozumienia pomiędzy sądami różnych państw, orzekającymi w oparciu o nieraz rozbieżne między sobą krajowe tradycje. Taka niepewność co do wykładni *EMCA* może rzutować na jej skuteczność. Nie można przy tym pominąć także niebezpieczeństwa orzekania sędziów krajowych, którzy nie posiadają wystarczającego przygotowania merytorycznego. Na wskazane problemy zwrócił uwagę m.in. prof. Ronald J. Gilson, który przedstawił propozycję utworzenia europejskiego sądu handlowego, uzupełniającego stosowanie ustawy modelowej w praktyce<sup>50</sup>. Spółka w swoim statucie mogłaby poddać rozstrzyganie sporów pod jurysdykcję wspomnianego sądu, co zapewniłoby jednolitość orzecznictwa. Według prof. Gilsona taki specjalistyczny sąd mógłby szybciej i dużo bardziej kompetentnie rozwiązywać powstałe problemy prawne, a także poprzez swój autorytet mieć wpływ na orzecznictwo sądów krajowych. Z drugiej

---

<sup>50</sup> R. J. Gilson, *A Model Company Act and Model Company Court*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper 489/2016 <http://ssrn.com/abstract=2750256>, 21.07.2016.

strony, z odmienną inicjatywą wystąpił prof. Michael Klausner, który zasugerował utworzenie przez grupę roboczą stałego komitetu czuwającego nad wykładnią przepisów *EMCA*<sup>51</sup>. Zadaniem tego komitetu byłoby najpierw stworzenie, a później aktualizowanie komentarza zawierającego wyjaśnienie kontrowersyjnych przepisów. Byłby on skierowany zarówno do sądów jak i do krajowych ustawodawców i nie ograniczałby się jedynie do materii normowanej przez *EMCA*, lecz poruszał także inne sporne kwestie z zakresu europejskiego prawa spółek.

## 6. Zakończenie

Podsumowując, należy poprzeć pogląd prof. dr hab. Adama Opalskiego, którego zdaniem „projekt przyjęcia europejskiej ustawy modelowej o spółkach (*European Model Company Act*) należy ocenić jako jedno z bardziej ambitnych przedsięwzięć służących integracji prawa spółek w Europie w ostatnich latach”<sup>52</sup>. Z całą pewnością inicjatywa jest bardzo obiecująca, jednolity europejski kodeks spółek handlowych ma szansę wypełnić lukę na płaszczyźnie dobrowolnego zbliżania narodowych systemów prawnych, a zaangażowanie wybitnych ekspertów z całej Europy niewątpliwie stanowi oznakę precedensowego charakteru projektu. Wypada również zwrócić uwagę, że obecna dyskusja toczy się jedynie nad pierwszym szkicem ustawy, zatem wszelkie uwagi krytyczne powinny stanowić istotny wkład w rozwój prac nad dalszym udoskonalaniem aktu. Bazując na doświadczeniach amerykańskich – w poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, czy przedsięwzięcie zakończy się sukcesem należy zachować daleko idącą cierpliwość i przygotować się na to, że proces implementacji ustawy modelowej może potrwać jeszcze wiele lat.

\* \* \*

---

<sup>51</sup> M. Klausner, *A U.S. View of the European Model Company Act*, *European Company and Financial Law Review* Forthcoming, <http://ssrn.com/abstract=2802889>, 21.07.2016.

<sup>52</sup> A. Opalski, *Refleksje na temat europeizacji prawa spółek*, [w:] J. Kruczałak-Jankowska, *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Warszawa 2013, s.190.

## **European Model Company Act as a new instrument of harmonization of European company law.**

**Summary:** *Among many significant issues regarding the harmonization of European's Company Law a true landmark is a draft of the European Model Company Act (EMCA), the idea that was brought to life by efforts of distinguished experts from all-over Europe. This general European Commercial Code of Companies, which could be implemented by the Member States of the European Union voluntarily, is to be regarded as a supplementation of current harmonization rules as well as an inspiration for the Member States of the European Union's legislation reform process of the Company Law. The purpose of this paper is to shed light on various problems concerning EMCA with consideration of its latest added proposals. The EMCA is being analysed also in terms of the current provisions of the Polish Company Law with particular attention paid to the differences. A notable matter raised in this paper is the chance of success for the project and therefore the chances of positive response from Member States of European Union. For the above reasons this article draws particular attention on problematic issues, which should be taken under consideration in the course of further legislation work.*

**Key words:** EMCA, European Law, company law.



Ariel Mucha\*

## Opodatkowanie transgranicznego przekształcenia spółki w polskim prawie w świetle orzeczenia TSUE w sprawie C-371/10 *National Grid Indus BV* oraz projektu dyrektywy przeciw unikaniu opodatkowania.

### Streszczenie

Problematyka transgranicznego przekształcenia polskiej spółki handlowej, tj. przeniesienia siedziby spółki wraz ze zmianą jej formy prawnej, stała się w ostatnich latach przedmiotem szerokiej dyskusji doktryny prawniczej w Polsce. Jednakże poza zainteresowaniem autorów pozostaje kwestia opodatkowania tego rodzaju zdarzenia. W odniesieniu do każdego procesu transformacji osób prawnych, zarówno krajowych jak i transgranicznych, istnieje możliwość ujawnienia tzw. cichych rezerw, czyli wzrostu wartości składników majątkowych spółki w czasie. W wielu krajach europejskich kwestia ta w ujęciu transgranicznym jest przedmiotem odrębnej regulacji prawnej, podczas gdy w Polsce nadal pozostaje swoistą *terra incognita*, co stwarza poważne wątpliwości z punktu widzenia interesów fiskalnych państwa.

W związku z tym, przedmiotem artykułu jest omówienie polskich regulacji prawnych, które mogą mieć zastosowanie w razie przenoszenia przez spółkę swojej siedziby do jednego z państwa Europejskiego Obszaru Gospodarczego, ich ocena, a ostatecznie sformułowanie wniosków *de lege ferenda* w zakresie niezbędnych zmian w obszarze opodatkowania transgranicznych przekształceń. W tym ostatnim przypadku analiza zostanie poprzedzona omówieniem przepisów prawa europejskiego, w tym projektu dyrektywy o przeciwdziałaniu praktykom unikania opodatkowania, oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE.

**Słowa kluczowe:** Ciche rezerwy, podatek, transgraniczne przekształcenie spółki, przeniesienie siedziby spółki.

---

\* Doktorant w Katedrze Polityki Gospodarczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz pracownik naukowy Instytutu Allerhanda w Krakowie.



## 1. Wprowadzenie

Zagadnienie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki w prawie polskim było wielokrotnie przedmiotem dyskusji przedstawicieli doktryny prawniczej<sup>1</sup>, a w ostatnim czasie również orzecznictwa<sup>2</sup> oraz pośrednio organów administracji podatkowej<sup>3</sup>. Zdecydowana większość autorów skupia się przy tym wyłącznie na analizie regulacji prawa prywatnego międzynarodowego, prawa spółek i prawa europejskiego, badając dopuszczalność tej formy restrukturyzacji przedsiębiorstwa na gruncie prawa polskiego. Warto jednak rozważyć, jakie konsekwencje podatkowe rodzić może to zdarzenie. Mówiąc inaczej, przy założeniu dopuszczalności dokonania transgranicznego przekształcenia spółki<sup>4</sup> pojawia się pytanie o możliwość powiązania z tym zdarzeniem określonych obowiązków podatkowych.

Każdy proces transformacji osób prawnych (niem. *Umwandlung*), w tym stanowiącego przedmiot niniejszego opracowania – przekształcenia, związany jest z możliwością ujawnienia się tzw. cichych rezerw (ang. *capital gains, hidden reserve*), wynikających ze wzrostu wartości majątku spółki w czasie. Ich powstanie wiązać można z czynnikami o charakterze ekonomicznym lub podatkowym. Te pierwsze wynikać będą z koniunktury na rynku, która w różny sposób może oddziaływać na wartość dóbr. Czynniki podatkowe z kolei wiążą się z tym, że reguły amortyzacji składników majątkowych spółki wyrażone w ustawie mogą różnić się od faktycznej utraty wartości konkretnych przedmiotów mająt-

---

<sup>1</sup> Szer. na temat charakterystyki transgranicznego przekształcenia zob. poniżej oraz w literaturze: A. Dorabalska, *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej spółki w świetle wybranych regulacji krajowych państw europejskich*, PPH 5/2010, s. 52; J. Napierała, *Transgraniczne przekształcenie spółki*, [w:] *Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa Profesora Mariana Kępińskiego*, red. K. Klafkowska-Waśniowska, M. Mataczyński, R. Sikorski, M. Sokołowski, Warszawa 2012, s. 85-91; M. Mataczyński, *Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej polskiej spółki handlowej za granicę*, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* 13/2013, s. 43-54; K. Oplustil, *Transgraniczne przekształcenie i podział spółki w świetle prawa europejskiego i polskiego*, KPP 23.1/2014, s. 73-76; O. Sachanbińska, *Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki kapitałowej – potrzeba działania unijnego i polskiego prawodawcy*, TPP 3/2015, s. 73-105; A. Opalski [w:] *Kodeks Spółek handlowych. Tom IIIB. Spółka akcyjna*, red. A. Opalski, Warszawa 2016, s. 1232-1237; A. Mucha, *Transgraniczne przekształcenie polskiej spółki kapitałowej – uwagi na temat niezgodności art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. z prawem europejskim*, TPP 4/2015, s. 56-69.

<sup>2</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 22 października 2015 r., sygn. IV CSK 664/14, LEX nr 1962542. Szer. na temat orzeczenia i pytań prejudycjalnych w sprawie Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o. (C-106/16), Dz.Urz. UE C 211 z 2016 r., s. 23, zob. A. Mucha, *Przeniesienie siedziby polskiej spółki z o.o. za granicę (uwagi na tle pytań prejudycjalnych Sądu Najwyższego do Trybunału Sprawiedliwości)*, Glosa 3/2016, s. 40-49.

<sup>3</sup> Zob. interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 19.08.2011 r., ITPB1/415-573/11/MR, LEX nr 123615.

<sup>4</sup> Odmienne M. Mataczyński, *Transgraniczne...*, s. 43-54.

kowych<sup>5</sup>. Oczywiście wskazane elementy mogą występować jednocześnie lub z różnym nasileniem wraz z upływem czasu.

O ile problematyka cichych rezerw w prawie krajowym może być całkowicie pominięta, ponieważ ich opodatkowanie nastąpi w chwili rzeczywistej realizacji zysków z nimi związanych, to w ujęciu transgranicznym uzyskuje ona szczególne znaczenie. Wynika to głównie z faktu, że państwo emigracji spółki (dotychczasowej siedziby) nie może „pozwoić sobie” na odroczenie momentu ujawnienia przychodu, gdyż przeniesieniu siedziby może towarzyszyć utrata kompetencji podatkowych, w tym tej dotyczącej pobrania podatku od spółki przekształcanej.

W ocenie autora niniejszego opracowania w obecnym stanie polskiego prawa transgraniczne przekształcenie spółki nie będzie prowadzić do powstania obowiązku podatkowego, co z uwagi na interes fiskalny państwa wskazuje na istnienie luki aksjologicznej w systemie prawa podatkowego. Z uwagi na to, że wobec procesu transgranicznego przekształcenia zastosowanie znajdą przepisy unijne, a w szczególności swoboda przedsiębiorczości – art. 54 w zw. z 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako TFUE)<sup>6</sup>, ewentualne wprowadzenie odpowiedniej regulacji podatkowej poprzedzone powinno być analizą jej zgodności z porządkiem unijnym. W tym zakresie szczególne znaczenie ma wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE lub Trybunał) w sprawie *National Grid Indus*<sup>7</sup>, w którym Trybunał rozważał analogiczny problem zaistniały na gruncie prawa holenderskiego. Orzeczeniu temu poświęcona zostanie szczególna uwaga w dalszej części opracowania. Podobnie propozycji Komisji Europejskiej z 28 stycznia 2016 r. dotyczącej wprowadzenia dyrektywy przeciw unikaniu opodatkowania<sup>8</sup>, która to propozycja w zasadniczej mierze powiela uwagi TSUE w przedmiocie problematyki opodatkowania cichych rezerw.

---

<sup>5</sup> Zob. H. van den Hurk, *The ECJ's Judgement in the N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union*, Bulletin for International Taxation 4/2007, s. 155.

<sup>6</sup> Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE z 2010 r., C 83/1.

<sup>7</sup> Wyrok Trybunału z dnia 29 listopada 2011 r. w sprawie C-371/10 *National Grid Indus BV vs. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, Zb. Orz. 2011, s. I-12273, t. 29-33, dalej jako sprawa *National Grid Indus*.

<sup>8</sup> COM(2016) 26 final – 2016/0011 (CNS). Dokument dostępny na stronie: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=COM:2016:0026:FIN>, 18.08.2016.

W ramach niniejszej publikacji, w pierwszej kolejności przedstawiona będzie syntetyczna analiza dopuszczalności dokonania transgranicznego przekształcenia w ramach Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) na gruncie prawa polskiego. Następnie omówione zostaną przepisy prawa podatkowego, które potencjalnie mogą znaleźć zastosowanie w tego rodzaju sytuacji, w tym te odnoszące się do opodatkowania majątku pochodzącego z likwidacji spółki. Ostatecznie omówione przepisy zostaną zestawione z prawem europejskim, co pozwoli na wyciągnięcie wniosków co do ewentualnych zmian w polskim prawie w zakresie opodatkowania procesu transgranicznego przekształcenia spółki.

## **2. Transgraniczne przeniesienie siedziby spółki w prawie polskim**

Przekształcenie przedsiębiorstwa w polskim prawie spółek w uproszczeniu sprowadza się do zmiany formy prawnej prowadzonej działalności, tzw. szaty prawnej (niem. *Rechtskleidung*, ang. *corporate clothes*). Przepis art. 551 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (dalej jako k.s.h.)<sup>9</sup> stanowi, że zarówno spółki osobowe jak i kapitałowe (spółki przekształcane) mogą podlegać przekształceniu w inną spółkę handlową (spółkę przekształconą)<sup>10</sup>. Jedynym ograniczeniem w tym zakresie jest brak możliwości przekształcenia spółki w upadłość lub w likwidację, która rozpoczęła podział majątku (art. 551 § 1 k.s.h.). W wyniku przekształcenia dochodzi wyłącznie do zmiany formy prawnej spółki, co powoduje, że w pozostałym zakresie zachowana zostaje ciągłość prawna i ekonomiczna podmiotu przekształcanego<sup>10</sup>. Słusznie stwierdza się wtedy, że w obrocie gospodarczym i prawnym mamy do czynienia z tą samą spółką, lecz nie taką samą<sup>11</sup>.

Zupełnie inaczej przedstawia się problematyka przekształcenia w ujęciu transgranicznym, polegająca na przeniesieniu siedziby polskiej spółki wpisanej do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego do innego kraju Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) wraz z przekształceniem się w spółkę prawa obcego. W ujęciu praktycznym taka sytuacja miałaby między innymi miejsce w przypadku przeniesienia siedziby polskiej spółki

---

<sup>9</sup> T.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 ze zm.

<sup>10</sup> Zob. A. Kidyba, *Sukcesja, kontynuacja, a może coś innego?*, MPH 1/2011, s. 37; oraz obszerne opracowanie istoty przekształcenia spółki w ujęciu prawnym i filozoficznym: Ł. Karczyński, *Opodatkowanie przekształceń spółek*, Warszawa 2011, s. 25-98.

<sup>11</sup> M. Tofel [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, J. Bienia i in. (red.), Warszawa 2014, s. 1324.

z ograniczoną odpowiedzialnością do Niemiec, czemu towarzyszyłaby zmiana formy prawnej prowadzonej działalności w postaci przekształcenia w spółkę komandytową prawa niemieckiego (*Kommanditgesellschaft* - KG).

Zasadniczo prawo polskie nie dopuszcza wprost przeniesienia siedziby bez wcześniejszego przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego. W odniesieniu do spółek kapitałowych wynika to do pewnego stopnia z art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h., które stanowią, że podjęcia uchwały o przeniesieniu siedziby spółki powoduje wszczęcie postępowania likwidacyjnego, prowadząc do rozwiązania spółki i unicestwienia jej bytu prawnego poprzez wykreślenie jej z rejestru. Odnosząc się do sytuacji spółek osobowych, należy zauważyć, że kodeks spółek handlowych nie przewiduje generalnego zakazu przenoszenia siedziby spółki i nie wiąże z tym faktem konieczności jej rozwiązania, na co wskazuje chociażby treść art. 58 k.s.h.<sup>12</sup> Ograniczenie terytorialne umiejscowienia siedziby spółki osobowej można jednak wyprowadzić z innych przepisów, w tym z niemożności wykonania obowiązków rejestrowych przez założycieli oraz samą spółkę w związku z brakiem określenia w przepisach k.p.c. sądu właściwego dla podmiotów z siedzibą za granicą (art. 694<sup>2</sup> w zw. z art. 508 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, dalej jako k.p.c.<sup>13</sup>). Zakaz lokowania i przenoszenia siedziby statutowej za granicę wynika zatem z uwarunkowań polskiego systemu prawa handlowego<sup>14</sup> i nie został wprost wyrażony w regulacjach kodeksowych<sup>15</sup>. Nie zmienia to jednak faktu, że ewentualne postanowienia umowy lub statutu spółki określające siedzibę spółki poza granicami Rzeczypospolitej będą nieważne z mocy prawa (art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny<sup>16</sup>)<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Przepis ten ma odpowiednie zastosowanie do innych spółek osobowych niż spółka jawna.

<sup>13</sup> T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.

<sup>14</sup> Zob. A. Mucha, *Transgraniczne...*, s. 52.

<sup>15</sup> Tak jak ma to miejsce między innymi w przepisach węgierskiej ustawy o spółkach handlowych z 2006 r. (art. 1 ust. 1 a gazdasági társaságokról 2006. évi IV. törvény), szer. V. Korom, P. Metzinger, *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06*, European Company and Financial Law Review 1/2009, s. 141-144.

<sup>16</sup> T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.

<sup>17</sup> Analogicznie rzecz ma się z uchwałą zmieniającą treść umowy albo statutu spółki.

Podsumowując powyższe rozważania, trzeba zauważyć, że każdorazowo przeniesienie siedziby za granicę będzie wiązało się z koniecznością przeprowadzenia likwidacji i rozwiązania spółki. Natomiast transgraniczne przekształcenie spółki, czyli przeniesienie siedziby wraz ze zmianą formy prawnej spółki nie zostało w ogóle przewidziane w prawie polskim, co bez uwzględnienia przepisów prawa unijnego implikowałoby niemożność skutecznego złożenia wniosku w sądzie rejestrowym o dokonanie stosownego wpisu w tym zakresie.

### **3. Zgodność przepisów k.s.h. z prawem europejskim**

Z racji tego, że niniejsze opracowanie skupia się głównie na konsekwencjach podatkowych transgranicznego przekształcenia spółki, w tym miejscu jedynie w ujęciu syntetycznym przybliżone zostaną najważniejsze argumenty związane z niezgodnością z prawem europejskim polskich przepisów dotyczących transgranicznego przekształcenia spółki z perspektywy kraju emigracji.

Kluczowe jest w tym zakresie odwołanie się do tez zawartych w orzeczeniu TSUE w sprawie węgierskiej spółki *Cartesio*<sup>18</sup>. Zgodnie z tym orzeczeniem jednym z podstawowych uprawnień wywodzonych z traktatowej swobody przedsiębiorczości jest możliwość przekształcenia<sup>19</sup> spółki obecnej w jednym państwie członkowskim w spółkę uregulowaną w porządku prawnym innego kraju członkowskiego, o ile ten ostatni kraj przewiduje tego rodzaju przekształcenia<sup>20</sup>. Uprawnienie to wyprowadzane jest bezpośrednio z traktatu i dla jego skuteczności nie jest wymagane przyjęcie norm prawa pochodnego<sup>21</sup>. Jednocześnie brak norm prawa wtórnego nie może usprawiedliwiać odmiennego traktowa-

---

<sup>18</sup> Wyrok z dnia 16.12.2008 r. w sprawie C-210/06, Zb. Orz. 2008, s. I-09641; dalej jako sprawa *Cartesio*.

<sup>19</sup> Należy nadmienić, że transgraniczne przekształcenia spółek w sensie szerokim (transformacje, restrukturyzacje), obejmujące łączenia, podziały i przekształcenia w sensie węższym, są objęte swobodą przedsiębiorczości, co zostało wyraźnie zaznaczone przez Trybunał (Wielka Izba) w wyroku z 13.12.2005 w sprawie C-411/03 SEVIC Systems AG., Z. Orz. 2005 I-10805, t. 19.

<sup>20</sup> Sprawa *Cartesio*, t. 111-112.

<sup>21</sup> W związku z tym, że problematyka przekształceń podmiotów paneuropejskich nie jest przedmiotem niniejszego opracowania, należy wyłącznie wspomnieć, że możliwość wskazanej formy przekształceń została przewidziana w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 2157/2001 z 8.10.2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (SE), Dz.U. UE z 2001 r., L 294/1; Rozporządzeniu Rady (EWG) NR 2137/85 z 25.07.1985 r. w sprawie europejskiego ugrupowania interesów gospodarczych (EUIG), Dz.U. UE z 1985 r., L 199/1, Rozporządzeniu Rady (WE) nr 1435/2003 z 22.07.2003 r. w sprawie statutu spółdzielni europejskiej (SCE), Dz.U. UE z 2003 r., L 207/1.



nia przekształcenia o charakterze krajowym oraz transgranicznym<sup>22</sup>. Z tego powodu wszelkie normy ograniczające w sposób niedozwolony prawo do przekształcenia transgranicznego, które miałyby zastosowanie w danej sprawie, powinny zostać pominięte przez właściwy organ państwa członkowskiego<sup>23</sup>.

W związku z powyższym za niezgodne z prawem unijnym należy uznać art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h.<sup>24</sup> w zakresie, w jakim poprzez zobligowanie spółki do przeprowadzenia likwidacji i rozwiązania spółki w razie podjęcia przez zgromadzenie wspólników uchwały o przeniesieniu siedziby statutowej<sup>25</sup> spółki za granicę ograniczają one możliwość przekształcenia się polskich spółek kapitałowych w spółki innych państw EOG. Stanowisko to było wielokrotnie podnoszone w doktrynie prawniczej<sup>26</sup>. Analogicznie należy odnieść się do sytuacji spółek osobowych, które zgodnie z postanowieniami TFUE również korzystają z uprawnień gwarantowanych przez swobodę przedsiębiorczości<sup>27</sup>.

W związku z powyższym, analogiczne zastosowanie do transgranicznego przekształcenia spółki prawa polskiego znajdują zasadniczo przepisy kodeksu spółek handlowych doty-

---

<sup>22</sup> Zob. wyrok Trybunału z 12.07.2012 r. w sprawie C-378/10 VALE Építési kft., ECLI:EU:C:2012:440, t. 38 zd. 1; dalej jako sprawa VALE.

<sup>23</sup> Szer. na temat podstawy prawnej odmowy zastosowania prawa krajowego na przykładzie jego niezgodności z treścią dyrektywy, a zatem z prawem wtórnym UE, zob. P. Brzeziński, *Unijny obowiązek odmowy zastosowania przez sąd krajowy ustawy niezgodnej z dyrektywą Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 252-258.

<sup>24</sup> Dla ścisłości, przepisy te same w sobie nie są niezgodne z prawem unijnym, a jedynie w związku z brakiem wprowadzenia do polskiego systemu prawa spółek instytucji transgranicznego przekształcenia. Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 22 października 2015 r., sygn. IV CSK 664/14 [przypis 2].

<sup>25</sup> Chodzi tu o siedzibę wskazaną w akcie erekcyjnym spółki, a nie siedzibę rzeczywistą (miejsce wykonywania funkcji administracyjnych lub głównego zakładu). Zob. A. Mucha, *Transgraniczne...*, s. 50-56.

<sup>26</sup> Tak: M. Szydło, *Przeniesienie siedziby statutowej spółki kapitałowej za granicę*, Rejent 18.7-8/2008, s. 133-146; K. Oplustil, *Łącznik siedziby spółki w nowym prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na tle prawa europejskiego*, KPP 20.3/2011, s. 674; Tenże, *Transgraniczne...*, s. 85-8; J. Napierała, *Europejskie prawo spółek. Prawo spółek Unii Europejskiej z perspektywy prawa polskiego*, Warszawa 2013, s. 422; A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 93 i 131-133. Odmiennie M. Mataczyński z powołaniem się na konieczność odpowiedniej ochrony akcjonariuszy mniejszościowych i pozostałych interesariuszy spółki. Zob. M. Mataczyński, *Transgraniczne...*, s. 43-54. Stanowiska polemiczne w przedmiocie ostatniego stanowiska zostały wyrażone przez: K. Oplustil, T. Włudyka, *Grenzüberschreitender Herausformwechsel einer polnischen Kapitalgesellschaft im Lichte der neuesten Rechtsprechung des EuGH*, w: red. C. Stumpf, F. Kainer, Ch. Baldus, *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht. Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration*, Nomos 2015, s. 302 i n.; oraz A. Mucha, *Transgraniczne...*, s. 56-69.

<sup>27</sup> Zob. E. Skibińska, *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne (art. 43-48 TWE)*, Warszawa 2008, s. 67 i n.



czące przekształceń krajowych (art. 551-584<sup>13</sup> k.s.h.)<sup>28</sup>. Ponadto ze względu na transgraniczny charakter tego procesu celowe będzie uwzględnienie *mutatis mutandis* niektórych norm przewidzianych w ramach transgranicznych łączeń spółek, np. art. 516<sup>11</sup> k.s.h., tj. przepisu obligującego spółkę przekształcaną, a nie jak w przypadku art. 565 k.s.h. – przekształconą, do wykupu udziałów lub akcji od wspólników (akcjonariuszy), którzy zagłosowali przeciwko przekształceniu<sup>29</sup>, czy też art. 516<sup>10</sup> § 2 k.s.h., umożliwiającego wierzycielom spółki zabezpieczenie swoich roszczeń w terminie miesiąca od dnia ogłoszenia planu przekształcenia, o ile wykażą, że przekształcenie zagraża ich zaspokojeniu<sup>30</sup>.

#### 4. Opodatkowanie majątku polikwidacyjnego w świetle prawa UE

Przeprowadzenie likwidacji i rozwiązanie spółki niosą za sobą istotne konsekwencje podatkowe. Wspólnicy takiej spółki będący osobami fizycznymi zobowiązani się do zapłaty podatku w wysokości 19%<sup>31</sup> wartości otrzymanego majątku polikwidacyjnego<sup>32</sup> (art. 17 ust. 1 pkt 4 lit. c, art. 24 ust. 5 pkt 3 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych).

<sup>28</sup> Na temat procedury transgranicznego przekształcenia, aspektów kolizyjnoprawnych transgranicznych restrukturyzacji oraz motywów wprowadzenia ochrony interesariuszy spółki na wypadek transgranicznego przekształcenia zob. również K. Oplustil, *Transgraniczne...*, s. 96-105 i 116-24.

<sup>29</sup> Zob. J. Napierała, *Europejskie...*, s. 424; K. Oplustil, *Transgraniczne...*, s. 118-120. Por. A. Radwan, *Ius dissidentium. Granice konsensusu korporacyjnego i władzy większości w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2016, s. 160-61.

<sup>30</sup> Zob. A. Opalski, *Europejskie...*, s. 467. W odniesieniu do transgranicznych przekształceń zob. obszernie: K. Oplustil, *Transgraniczne...*, s. 120 i n. Zob. jednak wyrok TS z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-483/14 KA Finanz AG, ECLI:EU:C:2016:205, z którego można wnioskować, że polskie przepisy dotyczące ochrony wierzycieli w łączeniach transgranicznych są niezgodne z prawem unijnym. Szer. na temat tego orzeczenia i jego skutków dla prawa niemieckiego zob. W. Bayer, J. Schmidt, *Gläubigerschutz bei (grenzüberschreitenden) Verschmelzungen*, ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2016, z. 18, s. 841 i n.; T. Drygala, T. von Bressensdorf, *Gegenwart und Zukunft grenzüberschreitender Verschmelzungen und Spaltungen*, NZG – Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2016, z. 30, s. 1163.

<sup>31</sup> Pomimo że przychód otrzymany w związku z likwidacją majątku spółki nie podlega pomniejszeniu o koszty jego uzyskania – art. 30a ust. 6 u.p.d.o.f., a to z uwagi na art. 21 ust. 1 pkt 50a u.p.d.o.f., efektywnie opodatkowana zostanie nadwyżka wartości otrzymanego majątku nad kosztami nabycia udziałów w spółce. Zob. red. H. Litwińczuk, *Prawo podatkowe przedsiębiorców*<sup>7</sup>, Warszawa 2013, s. 283-284.

<sup>32</sup> W przypadku osób prawnych zob. art. 10 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, tj. Dz.U. z 2012 r., poz. 361, ze zm., dalej jako u.p.d.o.p.; oraz wyjątek od opodatkowania przychodów z tytułu udziału w zyskach osób prawnych związany ze zwolnieniem przewidzianym w art. 22 ust. 4 i 4a u.p.d.o.p. Zob. M. Bandzmer, *Opodatkowanie transgranicznego przeniesienia siedziby spółki kapitałowej*, Kwartalnik Prawa Podatkowego 2010, nr 3-4, s. 107-108; W. Dmoch, *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Legalis 2015, komentarz do art. 24a, t. III.

dowym od osób fizycznych<sup>33</sup>, dalej jako u.p.d.o.f.)<sup>34</sup>. Jednym ze skutków likwidacji spółki jest zatem uzyskanie przychodu z tytułu udziału w zysku osoby prawnej. Polski ustawodawca nie przewiduje w tym zakresie wyjątków, także w sytuacji, gdy podzielony majątek spółki zostaje następnie wniesiony do spółki założonej w jednym z krajów EOG.

Normy prawne wymuszające likwidację działalności gospodarczej w istocie nakazują ich adresatom realizację zysków z prowadzonej działalności, pomimo tego, że będzie ona kontynuowana za granicą. Z drugiej strony są one korzystne dla organów podatkowych, które przed utratą kompetencji administracyjnych mają możliwość ustalenia i pobrania podatku w odpowiedniej wysokości<sup>35</sup>.

Z uwagi jednak na powyżej wskazaną niezgodność z prawem europejskim przepisów wymuszających przeprowadzenie likwidacji, spółka może zapobiec nałożeniu na jej wspólników obowiązków podatkowych, jeżeli przeniesienie siedziby spółki za granicę dokonane zostanie przy wykorzystaniu instytucji transgranicznego przekształcenia. W takiej sytuacji nie dochodzi do upłynnienia majątku i rozdzielenia go pomiędzy dotychczasowych wspólników spółki. W konsekwencji również nie powstaje zysk, który podlegałby opodatkowaniu, a sam proces transgranicznego przekształcenia spółki uznać należy za, co do zasady, neutralny podatkowo.

## **5. Inne metody opodatkowania transgranicznego przekształcenia**

W związku z ograniczoną możliwością opodatkowania majątku polikwidacyjnego powstałego na skutek przeniesienia siedziby polskiej spółki wraz ze zmianą statutu personalnego spółki, pojawia się pytanie, czy inne przepisy będą wiązać z tym zdarzeniem powstanie obowiązku podatkowego. W szczególności dotyczy to nadwyżek ujawnionych w trakcie analizowanego procesu restrukturyzacyjnego, tj. wzrostu wartości składników majątkowych ujawnionych w planie przekształcenia w okresie od chwili ich nabycia do chwili przeniesienia siedziby rejestrowej spółki (ciche rezerwy)<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> T.j. Dz U. z 2012 r., poz. 261.

<sup>34</sup> Zob. M. Bandzmer, *op.cit.*, s. 107-108.

<sup>35</sup> Tamże, s. 105-108.

<sup>36</sup> Szer. Ł. Karczyński, *op.cit.*, s. 164; H. Litwińczuk, *Opodatkowanie cichych rezerw przy restrukturyzacji spółek*, Przegląd Podatkowy 7/2003, s. 3.

Ujawnienie cichych rezerw może mieć miejsce zarówno wobec spółki przekształcanej jak i samych wspólników<sup>37</sup>. W pierwszym przypadku związane jest to z powstaniem nadwyżek w bilansie, spowodowanych zmianą sposobu wyceny składników majątkowych. Przedmiotowe zjawisko można zobrazować poprzez przykład nabycia przez spółkę przedmiotu o wartości 1000 j.p., która na koniec roku podlega pomniejszeniu w wyniku dokonanych odpisów amortyzacyjnych do 800 j.p. Następnie dochodzi do przekształcenia spółki i ujawnienia rzeczywistej wartości wskazanego składnika, wynoszącej 1400 j.p., na skutek sporządzenia planu przekształcenia, zawierającego wycenę składników majątkowych spółki przekształcanej w oparciu o ich wartości rynkowe (art. 558 § 2 pkt 3 k.s.h.)<sup>38</sup>. Z kolei dla wspólników ujawnienie cichych rezerw następuje w efekcie przyznania im udziałów, których wartość nominalna jest wyższa niż ta właściwa dla udziałów unicestwianych w wyniku przekształcenia.

Opodatkowanie ukrytych nadwyżek może negatywnie wpływać na sytuację ekonomiczną spółki i w ten sposób zniechęcać osoby zarządzające i wspólników do dokonywania przekształcenia. Najważniejszym skutkiem opodatkowania cichych rezerw, który *in minus* wpływa na sytuację podmiotu przekształcanego, jest konieczność wygenerowania przez spółkę dodatkowych środków pieniężnych niezbędnych do pokrycia kwoty podatku. Zazwyczaj bowiem ujawnieniu cichych rezerw nie towarzyszy pojawienie się płynnych środków finansowych. W konsekwencji ustawodawcy krajowi z reguły rezygnują z opodatkowania nadwyżki powstałej na dzień przekształcenia i odraczają pobranie podatku do chwili uzyskania przez podatnika faktycznego dochodu, co będzie miało miejsce wraz ze zbyciem określonego przedmiotu majątkowego<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Zob. H. Litwińczuk, *Opodatkowanie...*, s. 4.

<sup>38</sup> Należy zaznaczyć, że w doktrynie dominuje pogląd, zgodnie z którym wycena składników majątkowych na gruncie wskazanego przepisu powinna opierać się w oparciu o wartości bilansowe. Tak: M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1244; A. Kidyba, w: A. Kidyba (red.), *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2013, s. 1374; A. Szumański, w: Sołtysiński i in. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 4, Warszawa 2012, s. 1114. Odmiennie odnosząc się do wyceny opartej na wartościach tynkowych: M. Tofel, w: J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Wyd. 4, Warszawa 2015, s. 1419 i n. W literaturze można również spotkać stanowisko, które dopuszcza wybór przez zarząd spółki odpowiedniej metody: P. Pinior, w: J. Strzępka, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Wyd. 5, Warszawa 2012, s. 1352.

<sup>39</sup> Zob. red. H. Litwińczuk, *Prawo podatkowe...*, s. 273.

Z uwagi na obowiązywanie w systemie polskiego prawa podatkowego zasady opodatkowania przychodów faktycznie osiągniętych<sup>40</sup> oraz kontynuacji wyceny składników majątkowych spółki<sup>41</sup>, regulacje dotyczące podatku dochodowego nie przewidują opodatkowania cichych rezerw na dzień przekształcenia spółki. Takie podejście odpowiada w pełni istocie przekształcenia, z którym związana jest kontynuacja podmiotowości spółki przekształcanej, co znalazło odzwierciedlenie w art. 93a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa<sup>42</sup>. Ustawodawca polski jako zasadę przyjął przesunięcie opodatkowania cichych rezerw do momentu ich realizacji.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że w obecnym stanie normatywnym nie istnieją dostateczne przesłanki, które umożliwiłyby wyprowadzenie wniosku o istnieniu podstawy do opodatkowania cichych rezerw ujawnionych w trakcie procesu transgranicznego przekształcenia polskiej spółki. Nie oznacza to jednak, że opodatkowanie cichych rezerw emigrującej spółki prawa polskiego nie nastąpi w późniejszym terminie niż w chwili dokonania przekształcenia transgranicznego, np. w momencie sprzedaży składników majątkowych, i przy zachowaniu kompetencji podatkowych polskich organów. Zasadniczo obciążenia podatkowe związane są z miejscem położenia majątku, zakładu lub przedsiębiorstwa spółki oraz osiąganymi tam dochodami. Dopiero wówczas, jeżeli w przedstawiony sposób ustalenie kompetencji organów podatkowych nie jest możliwe, wykorzystywane jest kryterium siedziby spółki. Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, zawarte przez Rzeczpospolitą z innymi państwami członkowskimi UE, przewidują<sup>43</sup>, że w razie obecności spółki w obu umawiających się państwach, decydującym kryterium dla określenia położenia siedziby spółki jest miejsce faktycznego zarządu. Zatem w zdecydowanej większości przypadków ustalenie siedziby statutowej spółki oraz jej statutu personalnego okaże się irrelevantne w odniesieniu do podatkowej oceny konkretnych zdarzeń. Zazwyczaj bo-

---

<sup>40</sup> Zob. A. Lewicki, *Przekształcenie spółki z o.o. w spółkę osobową – aspekty podatkowe*, Głosa 9/2003, s. 25.

<sup>41</sup> T.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 613, ze zm.

<sup>42</sup> Zob. Ł. Karczyński, *op.cit.*, s. 165.

<sup>43</sup> Zob. art. 13 ust. 5 w zw. z art. 4 ust. 3 Modelowej Konwencji OECD w sprawie podatku od dochodu i majątku, dostępnej na stronie: <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, 3.03.2016 r., której treść została powielona w większości umów zawartych między Polską a krajami europejskimi. Odmiennie kryterium zostało przewidziane w ramach umów z Estonią (Dz.U. 1995 r., Nr 77, poz. 388), Łotwą (Dz.U. 1995 r., Nr 53, poz. 285) i Litwą (Dz.U. 1995 r., Nr 51, poz. 277), w których zastrzeżono, że siedziba spółki znajduje się w państwie inkorporacji spółki.

wiem dopiero w momencie jednoczesnego przenoszenia faktycznego zarządu, spółka przestanie podlegać obowiązkowi podatkowemu w kraju swojego pochodzenia.

## **6. Opodatkowanie cichych rezerw spółek w prawie europejskim**

W prawie europejskim większość procesów restrukturyzacyjnych z elementem transgranicznym została objęta dyrektywą 90/434/WE<sup>44</sup> w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących różnych Państw Członkowskich, która została zastąpiona 19 października 2009 r. przez dyrektywę 2009/133/WE. W dniu 17 lutego 2005 r. do zakresu przedmiotowego dyrektywy 90/434/WE zostały włączone takie zdarzenia jak podział przez wydzielenie, a także przeniesienie siedziby spółki europejskiej (SE) i spółdzielni europejskiej (SCE). Zasadniczym celem tych regulacji było usprawnienie przedstawionych zdarzeń w ten sposób, że będą miały one charakter neutralny podatkowo<sup>45</sup>, tj. w chwili ich wystąpienia spółka ani wspólnicy nie zostaną obciążeni kosztami podatkowymi. Niemniej normy te nie mają zastosowania wobec przekształceń transgranicznych, które nie dotyczą podmiotów paneuropejskich.

Jedną z form ograniczenia swobody przedsiębiorczości jest wprowadzanie barier podatkowych. Stąd niezwykle istotne dla problematyki przekształceń transgranicznych staje się zachowanie neutralności podatkowej tego rodzaju zdarzeń gospodarczych, polegającej na odstąpieniu od obciążania obowiązkiem podatkowym spółki lub wspólników w momencie zaistnienia przekształcenia, co w szczególności dotyczy opodatkowania zysków kapitałowych ujawnionych w trakcie procesów transformacji transgranicznych<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Nowelizowana 17 lutego 2005 r.; Dz.Urz. UE L 225 z 20.08.1990 r., s. 1; 19 października 2009 r. Rada uchwaliła tekst jednolity w postaci dyrektywy 2009/133/WE; zwana dalej dyrektywą MR.

<sup>45</sup> Przedmiotowa zasada wprowadzona została w prawie wtórnym dyrektywą Rady nr 90/434/EWG z 23.7.1990 r., zastąpioną dyrektywą Rady nr 2009/133/WE z 19.10.2009 r., zgodnie z którą regulacje dotyczące przenoszenia siedziby statutowej mają zastosowanie jedynie do przekształcenia podmiotów europejskich – spółki europejskiej oraz spółdzielni europejskiej; dodatkowo podnieść należy, że wskazana dyrektywa obejmuje wyłącznie kwestie opodatkowania zysków kapitałowych, a nie wszelkie konsekwencje podatkowe, wiążące się z transgranicznymi przekształceniami spółek; mechanizmem przewidzianym w dyrektywie i realizującym zasadę neutralności podatkowej jest metoda odroczenia opodatkowania, bez całkowitego zwolnienia z opodatkowania.

<sup>46</sup> Zob. A. Helin i in., *Fuzje i przejęcia spółek kapitałowych. Zagadnienia rachunkowe i podatkowe*<sup>3</sup>, Warszawa 2014, s. 377.



W tym miejscu kluczowe staje się przywołanie najważniejszych tez zawartych w wyroku TSUE w sprawie *National Grid Indus*, w którym to Trybunał po raz pierwszy zajął się kwestią dopuszczalności opodatkowania niezrealizowanych zysków kapitałowych od osób prawnych w sytuacji zmiany miejsca siedziby spółki<sup>47</sup>.

Powyższe orzeczenie zostało wydane w związku z pytaniami prejudycjalnymi *Ge-rechtshof Amsterdam*, orzekającego na kanwie następującego stanu faktycznego. *National Grid Indus*, holenderskiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, przysługiwała wierzytelność z tytułu pożyczki kwoty 33 113 000 GBP. Na skutek niepowodzenia przedsięwzięcia związanego z elektrownią w Pakistanie, rzeczona spółka zaczęła finansować inne spółki z siedzibą w Wielkiej Brytanii, gdzie w 2000 r. przeniosła całą gospodarczą działalność i siedzibę zarządu. Statut personalny *National Grid Indus* na skutek tego ostatniego zdarzenia nie uległ zmianie. Wraz z przeniesieniem siedziby zarządu i zgodnie z postanowieniami umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, wiążącej Wielką Brytanię i Holandię, doszło do zmiany kompetencji podatkowych w zakresie poboru podatku od niezrealizowanych zysków kapitałowych. W związku z tym holenderskie organy podatkowe zwróciły uwagę na zysk osiągnięty przez spółkę w następstwie wzrostu wartości kursu funta szterlinga wobec holenderskiego guldena, który to zysk wyniósł 22 128 160 NLG (10 041 321 EUR). Zysk ten został opodatkowany, z czym nie zgodziła się *National Grid Indus*, powołując się na traktatową swobodę przedsiębiorczości.

W pierwszej kolejności Trybunał zaznaczył, że państwa członkowskie zgodnie z art. 54 TFUE posiadają uprawnienie do określenia przesłanek (związku spółki z danym krajem), które powinny być spełnione, aby spółka zachowała statut personalny tego państwa. Nie oznacza to jednak, że kraj członkowski może swobodnie decydować o „życiu lub śmierci” takiej spółki, a tym bardziej nakładać obowiązki i ograniczenia na spółkę, utrudniające jej swobodę przemieszczania się na terenie EOG<sup>48</sup>. W konsekwencji, opodatkowanie niezrealizowanych zysków kapitałowych przez organy holenderskie podlegało ocenie z punktu widzenia zgodności ze swobodą przedsiębiorczości.

---

<sup>47</sup> Należy w tym miejscu nadmienić, że uprzednio TSUE odnosił się do kwestii opodatkowania cichych rezerw, ale w odniesieniu do zmiany miejsca zamieszkania przez osoby fizyczne; zob. wyrok z dnia 11 marca 2004 r. w sprawie C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant vs. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Zb. Orz. 2004 r., s. I-2409.

<sup>48</sup> Zob. t. 30-33 wyroku w sprawie *National Grid Indus*.



Trybunał uznał, że nałożenie obciążeń podatkowych na spółkę emigrującą, chociaż ograniczające uprawnienia unijne, może być usprawiedliwione ze względu na nadrzędne względy interesu publicznego. Do celów uzasadniających ograniczenie uprawnień unijnych zalicza się w pierwszej kolejności zachowanie rozdziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi, czyli umożliwienie organom krajowym ustalenia i pobrania podatku od wartości, które powstały na terenie państwa w czasie, gdy podmiot opodatkowany związany był w określony sposób z jego terytorium<sup>49</sup>. Drugim celem wymienionym przez Trybunał jest zachowanie spójności krajowego systemu podatkowego, przejawiającej się w związku pomiędzy uzyskanymi wcześniej ze względu na odroczenie opodatkowania cichych rezerw korzyściami podatkowymi a ostatecznym poborem podatku z tytułu ich realizacji<sup>50</sup>.

W związku z powyższym, państwa członkowskie mają możliwość wprowadzenia opodatkowania cichych rezerw w razie dokonywania przekształcenia transgranicznego, o ile doszłoby równocześnie do zmiany kompetencji organów podatkowych. Opodatkowanie nadwyżki kapitałowej umożliwia krajowi pochodzenia spółki zabezpieczenie interesów fiskalnych państwa przy jednoczesnym ograniczeniu w niezbędnym zakresie obciążeń podatkowych nałożonych na spółkę przekształcaną i przekształconą.

Z drugiej strony, Trybunał podkreślił, że poza kwestią naliczenia podatku w chwili przenoszenia spółki za granicę, odrębnej ocenie w ramach testu proporcjonalności<sup>51</sup>, który obejmuje badanie zasadności, adekwatności i niezbędności środków ograniczających swobody traktatowe, powinna zostać poddana problematyka poboru podatku. Trybunał wskazał, że pobór podatku już w chwili przenoszenia spółki może zostać uznany za nieproporcjonalny z uwagi na nadmierne obciążenie fiskalne spółki<sup>52</sup>. Ta ostatnia powinna mieć możliwość wyboru pomiędzy natychmiastową zapłatą podatku a odroczeniem za-

---

<sup>49</sup> Zob. t. 45 wyroku w sprawie *National Grid Indus* wraz z przywołanym tam orzecznictwem.

<sup>50</sup> Zob. *National Grid Indus*, t. 79-80; opinia Rzecznika Generalnego J. Kokott z 8 września 2011 r. w sprawie *National Grid Indus*, ECLI:EU:C:2011:563, t. 94-100.

<sup>51</sup> Zwanego również formułą wyroku Gebhard z uwagi na jego przedstawienie w wyroku Trybunału z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb. Orz. 1995, s. I-04165; oraz w zakresie orzecznictwa dotyczącego transgranicznego przenoszenia siedziby spółki w wyroku z dnia 30 września 2003 r. w sprawie *Inspire Art.*, Zb. Orz. 2003, s. I-10155. W literaturze na temat zasady proporcjonalności w prawie unijnym zob. D. Miąsik [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Warszawa 2005, s. 205-311.

<sup>52</sup> Zob. wyrok w sprawie *National Grid Indus*, t. 85.

płaty, przy przyjęciu obowiązku informowania o przedmiotach majątkowych przeniesionych za granicę oraz konieczności zapłaty odsetek<sup>53</sup>.

Z orzeczenia w sprawie *National Grid Indus* wynika również, że zasada neutralności podatkowej nie podlega gwarancjom traktatowym, a zwłaszcza nie mieści się w ramach art. 49 w zw. z art. 54 TFUE. Równocześnie prawo unijne nie wymaga, aby kraje członkowskie tworzyły zasady własnego prawa podatkowego przy uwzględnieniu norm obowiązujących w innych państwach EOG, co w omawianej w tym miejscu sprawie dotyczyło ewentualnego wzięcia pod uwagę strat, jakie wystąpiły w majątku spółki po chwili przeniesienia siedziby za granicę. W takiej sytuacji państwo pochodzenia nie ma obowiązku umożliwienia spółce rozliczenia zaistniałych strat w celu obniżenia kwoty podatku<sup>54</sup>.

## **7. Konsekwencje orzeczenia w sprawie *National Grid Indus* dla prawa polskiego**

Polskie prawo podatkowe w obecnym kształcie nie przewiduje żadnej formy opodatkowania cichych rezerw ujawnionych na skutek dokonania transgranicznego przekształcenia spółki. Stan ten zdaje się być pokłosiem stanowiska ustawodawcy wyrażonego w trakcie wprowadzania procedury transgranicznych łączeń spółek do polskiego systemu prawnego, w którym podkreślono, że prawo do przeniesienia siedziby wraz ze zmianą statutu personalnego nie wynika z prawa unijnego, a ewentualne zmiany w tym zakresie może przynieść dopiero uchwalenie tzw. Czternastej Dyrektywy o transgranicznym przeniesieniu siedziby statutowej spółki<sup>55</sup>. Wyrok Trybunału w sprawie *Cartesio* jednoznacznie przesądza o błędnym podejściu polskiego ustawodawcy do przedmiotowego problemu.

Mając na uwadze interes fiskalny państwa, należałoby postulować wprowadzenie podatku od nadwyżki wynikłej z różnicy wartości rzeczywistej (rynkowej) składników majątkowych oraz wartości przyjmowanej dla celów podatkowych, tj. przyrostu wyliczonego przy przyjęciu fikcji, że w chwili przekształcenia doszło do zbycia składników majątkowych

---

<sup>53</sup> Tamże, t. 78.

<sup>54</sup> Zob. wyrok w sprawie *National Grid Indus*, t. 62. Odmienne i nietrafne na gruncie transgranicznych łączeń w oparciu o wyrok w sprawie *Sevic System* (przed wprowadzeniem odpowiednich regulacji w polskim prawie) zob. A. Helin i in., *op. cit.*, s. 395.

<sup>55</sup> Tak uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych z dnia 8 listopada 2007 r. Sejm RP VI kadencji, druk sejmowy nr 68, Warszawa 8 listopada 2007 r., s. 59-60. Dostępne jest na stronie: <http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/009/68.pdf>, 3.03.2016 r.

po cenie równej wartości rzeczywistej. Nadwyżka ta ustalana byłaby w chwili skutecznego dokonania przekształcenia<sup>56</sup> wraz z przeniesieniem faktycznego zarządu „bez uwzględnienia strat ani też zysków, które mogą być zrealizowane później”<sup>57</sup>. Należy podkreślić, że aktualizacja obowiązku podatkowego nastąpiłaby dopiero, gdy przeniesieniu siedziby towarzyszyłaby zmiana miejsca wykonywania faktycznego zarządu nad spółką. Wymóg ten wynika ze standardowych reguł międzynarodowego prawa podatkowego w powiązaniu z prawem europejskim. Ograniczenie swobód traktatowych może nastąpić z powodu utraty kompetencji podatkowych przez organy krajowe, co nastąpi w zakresie zysków kapitałowych w chwili zmiany miejsca siedziby zarządu spółki. W konsekwencji, przeniesienie siedziby rejestrowej wraz ze zmianą statutu personalnego *per se* nie wywoła kosztów podatkowych po stronie spółki<sup>58</sup>.

Z drugiej strony, tego rodzaju przekształcenie nie może odbyć się z pominięciem przeniesienia lub utworzenia w kraju nowej siedziby struktur gospodarczych nakierowanych na prowadzenie rzeczywistej działalności gospodarczej<sup>59</sup>. Stworzenie całkowicie sztucznej struktury korporacyjnej<sup>60</sup>, pozbawionej ekonomicznego uzasadnienia i mającej na celu obejście przepisów podatkowych kraju siedziby spółki<sup>61</sup>, nie wchodzi w zakres swobody przedsiębiorczości i nie korzysta z ochrony prawa unijnego. Zatem w razie dokonania przez spółkę transgranicznego przekształcenia, które nie zostałyby powiązane z faktycznym wykonywaniem działalności w kraju nowego osiedlenia się i miałyby na celu uchylenie

---

<sup>56</sup> Jest to data wpisu spółki do zagranicznego rejestru handlowego. Tak K. Oplustil, *Transgraniczne przekształcenie spółki*, MPH 4/2012, s. 58.

<sup>57</sup> Zob. Wyrok Trybunału z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04 *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas*, Zb. Orz. 2006, s. I-7995 (dalej jako sprawa *Cadbury Schweppes*), t. 64; S. Peeters, *Exit Taxation on Capital Gains in the European Union: A Necessary Consequence of Corporate Relocations?*, *European Company and Financial Review* 4/2013, s. 517.

<sup>58</sup> Wyjątkiem w tym zakresie jest przeniesienie siedziby do Litwy, Łotwy i Estonii, o czym mowa w przyp. nr 41.

<sup>59</sup> Gospodarczy i realny wymiar transgranicznego przekształcenia dostrzegł ostatnio Trybunał w wyroku w sprawie VALE, t. 34, odwołując się jednocześnie do kluczowego dla tej problematyki wyroku w sprawie *Cadbury Schweppes*. Zob. również wyrok Trybunału z 25 lipca 1991 w sprawie C-221/89 *Factortame i in.*, Zb. Orz., s. I-3905, t. 20. W literaturze zob. J. Vermeulen, *Arrêt VALE Épitési: la mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit?*, *Journal de droit européen* 9/2012, s. 277; oraz obszernie A. Mucha, *op.cit.*, s. 61-66 wraz z przywołaną tam literaturą niemieckojęzyczną.

<sup>60</sup> „Miałyby to miejsce w szczególności w przypadku spółki zależnej o charakterze „spółki adresowej” lub „firmy-krzak”. Zob. wyrok w sprawie *Cadbury Schweppes*, t. 68.

<sup>61</sup> Zob. wyrok w sprawie *Cadbury Schweppes*, t. 55.

się od obowiązku podatkowego lub w inny sposób nadużywałoby uprawnienia do swobodnego osiedlania się na terenie Unii, ustawodawca polski mógłby nałożyć na spółkę obowiązek podatkowy, nawet jeżeli nie doszło do zmiany kompetencji podatkowych.

Zgodnie ze stanowiskiem TSUE w sprawie *National Grid Indus*, koniecznym elementem regulacji podatku od cichych rezerw w przypadku transgranicznego przekształcenia jest umożliwienie spółce wyboru chwili, w której nastąpić ma pobór podatku. Może to nastąpić w chwili przekształcenia albo w okresie późniejszym, aż do momentu realizacji zysków poprzez zbycie przedmiotów majątkowych. W tym ostatnim przypadku państwo pochodzenia ma prawo zobowiązać spółkę do składania okresowych deklaracji w odniesieniu do składników majątkowych, z których istnieniem związane było powstanie nadwyżek relevantnych podatkowo, oraz powiększyć wartość podatku o odsetki lub domagać się zabezpieczenia poboru podatku, np. w postaci ustanowienia gwarancji bankowych<sup>62</sup>.

Na koniec warto poruszyć w kilku słowach kwestię, która ze względu na nieregulowanie przez polskiego ustawodawcę procesów transgranicznego przekształcenia może zostać ujęta jedynie w ramy teoretyczne. Z racji tego, że spółki mogą zarówno emigrować jak i imigrować<sup>63</sup> do krajów członkowskich, istotne staje się uwzględnienie w ramach obliczenia podstawy opodatkowania wartości rynkowej, a nie księgowej, składników majątkowych, jaka istniała w chwili przeniesienia przez zagraniczną spółkę siedziby do Polski (*step-up in value*)<sup>64</sup>. Kraj członkowski jest bowiem uprawniony do naliczenia podatku od nadwyżki wartości związanej z obecnością spółki na jego terytorium w określonym czasie.

## **8. Projekt dyrektywy przeciw unikaniu opodatkowania**

W ostatnim czasie problematyka przedstawiona w niniejszym opracowaniu, a także inne metody unikania opodatkowania, stały się przedmiotem wzmożonej międzynarodowej

---

<sup>62</sup> Zob. O. Thömmes, A. Linn, *Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?*, Intertax 8-9/2012, s. 485–493.

<sup>63</sup> Szczegółowo w sprawie imigracji spółki zagranicznej do Polski zob. M. Mataczyński, M. Saczywko, *Transgraniczne przeniesienie siedziby zagranicznej spółki handlowej do Polski*, PPH 1/2015, s. 24-33.

<sup>64</sup> Zob. S. Peeters, *op. cit.*, s. 518; H. van den Hurk, H. van den Broek, J. Korving, *Final Settlement Taxes for Companies: Transfer of Seats, Interest Charges, Guarantees and Step-Ups in Value*, Bulletin for International Taxation 4-5/2013, s. 263-265.

debaty<sup>65</sup>. Jednym z jej efektów jest to, że w dniu 28 stycznia 2016 r. Komisja Europejska przedstawiła projekt dyrektywy ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, wywierającym bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, która stanowiła efekt szerszych prac Unii Europejskiej dotyczących zwalczania unikania opodatkowania i agresywnego planowania podatkowego w obszarze europejskim<sup>66</sup>. Do najistotniejszych elementów tej regulacji należy kwestia opodatkowania niezrealizowanych zysków kapitałowych w sytuacji przeniesienia aktywów lub rezydencji podatkowej poza jurysdykcję podatkową danego państwa (art. 5 projektu dyrektywy).

Przepisy dyrektywy w zakresie dotyczącym przedmiotu tego opracowania odwzorowują wnioski przedstawione przez TSUE w sprawie *National Grid Indus*. Oznacza to, że państwa członkowskie będą zobowiązane do wprowadzenia regulacji (o ile projekt wejdzie w życie), stanowiących podstawę opodatkowania cichych rezerw na wypadek zmiany rezydencji podatkowej przez podatnika, za wyjątkiem sytuacji, gdy przedmioty majątkowe pozostaną nadal związane z dotychczasowym stałym zakładem podatnika – art. 5 ust. 1c projektu dyrektywy. Z drugiej strony, podatnik powinien dysponować prawnie zagwarantowaną możliwością wyboru zapłacenia kwoty podatku już w chwili powstania wymagalności obowiązku podatkowego lub odroczenia zapłaty na okres maksymalnie 5 lat – art. 5 ust. 2 projektu dyrektywy.

Warto jednak zwrócić uwagę na to, że dyrektywa nie przesądza, kiedy dochodzi do przeniesienia rezydencji podatkowej, a w konsekwencji w tym zakresie konieczne jest każdorazowe odwołanie się do porządków prawnych państwa członkowskich. Z tego też powodu, o czym była mowa powyżej, z opodatkowaniem nie będzie związane transgraniczne przekształcenie spółki, a jedynie niezależne wobec tego procesu przeniesienie miejsca zarządu spółki. Projekt dyrektywy pozostawia zatem instytucję transgranicznego przekształcenia spółki neutralną pod względem podatkowym, co wymaga pozytywnej oceny.

---

<sup>65</sup> Zob. *Tackling tax evasion. First Standard Automatic*, The Economist z 14 lutego 2014 r., (wyd. elektroniczne).

<sup>66</sup> Zob. Komisja Europejska, *Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z 28 stycznia 2016 r. Pakiet środków przeciwdziałających unikaniu opodatkowania: kolejne kroki na drodze do zapewnienia skutecznego opodatkowania i zwiększenia przejrzystości podatkowej w UE*, COM(2016) 23 final. Dostępny jest na stronie: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PL/1-2016-23-PL-F1-1.PDF>.

## 9. Podsumowanie

W obecnym stanie prawnym w Polsce, uzyskane przez wspólników na skutek likwidacji spółki przedmioty majątkowe, traktowane są jako zrealizowany zysk, wobec którego stosowany jest natychmiastowy pobór podatku. Dzieje się tak również w sytuacjach, w których substrat majątkowy zlikwidowanej i rozwiązanej spółki podlega następnie wniesieniu do zagranicznej spółki przez byłych wspólników, czyli przy zachowaniu ciągłości ekonomicznej prowadzonego przez wspólników przedsięwzięcia gospodarczego i wykorzystaniu majątku w tym samym celu.

Wyraźne dopuszczenie przez Trybunał operacji transgranicznego przekształcenia spółki zmusza ustawodawcę polskiego do wprowadzenia istotnych zmian w ramach materialnego prawa spółek, polegających przede wszystkim na zmodyfikowaniu art. 270 pkt 2 oraz art. 459 pkt 2 k.s.h. poprzez wyłączenie zastosowania wskazanych przepisów w razie przeniesienia siedziby spółki w ramach EOG wraz ze zmianą „szaty prawnej”. Możliwość dokonywania tego typu operacji i jednocześnie wyłączenie opodatkowania uzyskanego przez wspólników majątku polikwidacyjnego powoduje, że *de lege lata* zdarzenie to ma charakter całkowicie neutralny podatkowo. Przedstawionej sytuacji prawnej nie można jednak uznać za celowe działanie polskiego ustawodawcy, a jedynie przejaw jego bierności i zwlekania z dostosowaniem prawa do tez zawartych w orzecznictwie TSUE.

Również w literaturze przedmiotu brak jest dyskusji na temat zasadności wprowadzenia opodatkowania tzw. cichych rezerw na wypadek transgranicznego przekształcenia. Nie przesądzając w tym miejscu, czy taki podatek byłby zasadny, patrząc zarówno z punktu widzenia interesów fiskalnych państwa jak i interesu podmiotów gospodarczych oraz konkurencyjności polskiego prawa spółek, należy jedynie wskazać, że jego wprowadzeniu nie sprzeciwia się prawo europejskie, pod warunkiem, że na skutek przeniesienia siedziby doszłoby do przeniesienia kompetencji podatkowych oraz spółka miałaby możliwość wyboru terminu zapłaty podatku.

\* \* \*



**Taxation of an outbound cross-border conversion in polish law in the light of the judgment of the CJEU in the case C-371/10 *National Grid Indus BV* and the draft of directive laying down rules against tax avoidance practices.**

**Summary:** The issue of cross-border conversion of a Polish company, i.e. moving its seat abroad with an attendant change as regards applicable national law, has in recent years been subject to widespread discussion among legal scholars in Poland. However, outside the academics' interest, among whom the prevailing majority is in favor of the admissibility of the cross-border conversion of a company, is the dilemma of taxation of such an event. With regard to the process of transformation of any legal persons, both domestic and cross-border, there is a possibility of hidden reserves disclosure, which may derive from an increase in value of a company's assets. In many Member States this matter is regulated separately while in Poland there is no legal framework providing any solutions in this area. This causes serious doubts from the point of view of the fiscal interests of the State.

Therefore, the aim of the article is to discuss the Polish legal provisions that may be applicable in case of a transfer by a company of its registered office to one of the Member States, and to draw up *de lege ferenda* conclusions on the necessary changes in the taxation of cross-border company conversion. In the latter case, the analysis will be preceded by a discussion of European legislation, including a draft of the anti-tax avoidance directive, and the case law of the Court of Justice of the European Union.

**Key words:** Hidden reserves, unrealized capital gains, cross-border conversion, company.

**Ireneusz Dawid Książek\***

## **Prawne i ekonomiczne ryzyka obowiązku rozliczania instrumentów pochodnych na rynku pozagiełdowym (OTC) poprzez centralnego kontrahenta (CCP).**

### **Streszczenie**

Ostatni kryzys finansowy skierował wzrok regulatorów na derywaty. Znakomitą ich część stanowiły dwustronne umowy na rynku OTC. Stąd próba stworzenia mechanizmów kontroli i utrzymania przejrzystości pozagiełdowego rynku instrumentów pochodnych, związanego z dużym ryzykiem pojedynczych transakcji jak i ryzykiem systemowym. Działania te w UE przyjęły postać rozporządzenia EMIR. Rozwiązania europejskie przejawiały się w obowiązku rozliczania pewnych klas instrumentów pochodnych na rynku OTC przez centralnego kontrahenta (CCP) oraz w konieczności ich zgłaszania do repozytoriów transakcji.

Praca podejmuje omówienie ryzyk prawnych i ekonomicznych związanych ze wspomnianą regulacją i działaniem CCP. Nastąpił transfer ryzyka, które do tej pory ponosiły inne instytucje finansowe na CCP. Przykładowo ryzyko niewypłacalności kontrahentów w przypadku derywatów oraz silne powiązanie CCP z innymi podmiotami na rynku finansowym powoduje, że z natury stały się one podmiotami systemowo istotnymi. W związku z tym należy odpowiedzieć na pytanie, czy będzie dotyczył ich problem m.in. hazardu moralnego. Omówienie ryzyk zostało dokonane poprzez analizę założeń regulatora mających na celu zapewnienie stabilności rynkom finansowym i zestawienie ich z funkcjonowaniem rynku CCP. Autor dokonał także analizy przepisów EMIR i aktów związanych z tym rozporządzeniem oraz raportów ESMA (European Securities and Markets Authority).

**Słowa kluczowe:** EMIR, ESMA, ryzyko systemowe, hazard moralny, CCP, instrumenty finansowe, instrumenty pochodne, OTC, nowacja rozliczeniowa, izba rozliczeniowa.

---

\* Autor jest studentem IV roku Prawa i II roku Ekonomii na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie.

## 1. Wstęp

Globalny kryzys finansowy w 2008 roku skierował wzrok regulatorów na instrumenty pochodne. Stało się tak, ponieważ derywaty były jedną z głównych przyczyn zawirowań na rynkach finansowych, a rynek pozagiełdowy tych instrumentów przed kryzysem odnotował gwałtowny rozwój. Brak przejrzystości tego sektora rynku finansowego, duża niepewność z nim związana oraz wzajemna sieć powiązań powodowała, że nawet stosunkowo nieduże instytucje finansowe mogły być zagrożeniem dla stabilności systemu w przypadku ich upadłości. Właśnie ryzyko niewypłacalności jednej ze stron kontraktu i możliwego „zarażania” innych instytucji jest stałą cechą rynku instrumentów pochodnych, która ujawniła się w przypadku funduszu LTCM (*Long-Term Capital Management*), czyli znacznie wcześniej niż w 2008 roku. W przypadku, gdy instytucja posiadająca instrumenty pochodne łączące ją ze znaczną liczbą kontrahentów ogłosi upadłość, jej niezabezpieczeni wierzyciele z tego tytułu będą musieli dochodzić swoich praw na zasadach ogólnych. Likwidacja aktywów instytucji finansowej wzmaga często poczucie braku stabilności na rynku zwłaszcza w przypadku ich znacznej wartości, co może spowodować zawirowania rynkowe i nikłe szanse na zaspokojenie wierzycieli. Ponadto będą oni zmuszeni ponieść wydatki związane z zamknięciem pozycji odpowiadających kontraktom, w których stroną był upadający podmiot, lub z zawarciem nowych kontraktów przenoszących ryzyko<sup>1</sup>. Jeśli straty w takiej sytuacji będą wystarczająco duże może się ujawnić wspomniany efekt „zarażania”, który zostanie szczegółowo omówiony w dalszej części pracy.

Stąd w 2009 roku grupa G20<sup>2</sup> na szczycie w Pittsburghu<sup>3</sup> zdecydowała o reformie rynku pozagiełdowego (dalej rynku OTC – *over-the-counter*) derywatów, przejawiającej się w zwiększeniu transparentności poprzez zgłaszanie instrumentów pochodnych do repozytoriów transakcji, wymogu rozliczania derywatów OTC poprzez kontrahenta cen-

---

<sup>1</sup> Studium przypadku LTCM opisują m.in.: Siddharth Prabhu, *Long-Term Capital Management: the dangers of leverage*, Durham 2001; A. N. Rechtschaffen, *Capital Markets, Derivatives and the Law* (Rechtschaffen, Trichot), Nowy York 2014, s. 150-151, I. Anabtawi, S. L. Schwarcz, *Regulating Systemic Risk: Towards an Analytical Framework*, *Notre Dame Law Review*. 4/2011, s. 1349.

<sup>2</sup> Grupa 19 państw oraz Unia Europejska, której celem jest dyskusja nad wspólną polityką finansową. Członkowie spotykają się raz do roku, a ich reprezentantami są ministrowie finansów.

<sup>3</sup> Zob. informacja na temat szczytu: <http://www.g20.org/English/Documents/PastPresidency/201512/P020151225615583055801.pdf>.

tralnego<sup>4</sup> oraz wprowadzeniu obowiązku stosowania technik ograniczania ryzyka<sup>5</sup>. Plan zakładał zakończenie reformy w 2012 roku, a jej założenia zostały wdrożone poprzez ustawę Dodd-Franka w USA<sup>6</sup> i rozporządzenie EMIR z 4 lipca 2012 r.<sup>7</sup> w UE.

Przedmiot moich rozważań będą stanowiły możliwe niepożądane skutki związane z unijną regulacją obowiązku korzystania z usług centralnego kontrahenta w przypadku derywatów. Wywód rozpocznę od omówienia pojęcia centralnego kontrahenta oraz klas derywatów objętych obowiązkiem rozliczania przez CCP. Następnie przejdę do kluczowej części referatu, w której zidentyfikuję prawne i ekonomiczne zagrożenia związane z obowiązkiem rozliczania instrumentów pochodnych poprzez CCP.

## **2. Czym jest CCP i na czym polega jego działanie?**

Centralny kontrahent (CCP) zgodnie z art. 2 rozporządzenia EMIR to osoba prawna, która działa pomiędzy kontrahentami kontraktów będących w obrocie na co najmniej jednym rynku finansowym, stając się nabywcą dla każdego sprzedawcy i sprzedawcą dla każdego nabywcy. CCP musi spełniać wymogi określone w wymienionym akcie prawnym oraz uzyskać zezwolenie odpowiedniego organu nadzoru (w Polsce Komisji Nadzoru Finansowego). Wymogi dotyczące tych instytucji obejmują: kapitał założycielski w wielkości minimum 7,5 mln euro, proporcjonalność kapitałów własnych do ryzyka działalności, spełnianie standardów technicznych określonych przez Komisję Europejską. Wstąpienie kontrahenta centralnego w stosunek prawny pomiędzy stroną długą i krótką w kontrakcie pochodnym polega na uregulowanej w dniu 4 sierpnia 2012 r. w prawie polskim nowacji rozliczeniowej (art. 45h ust. 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi). Przyjęcie kontraktu do rozliczenia w ten sposób powoduje wygaśnięcie kontraktu pochodnego pomiędzy dotychczasowymi stronami oraz zawarcie dwóch nowych kontraktów o odpowiedniej treści

---

<sup>4</sup> W literaturze pojawia się również pojęcie centralnego kontrpartnera (partnera) jednak autor używa terminu użytego w rozporządzeniu EMIR. Zob. Art. 1 wspomnianego rozporządzenia oraz J. Szewczyk, *Nowacja rozliczeniowa transakcji derywatowych*, PPH 1/2014; Zdaniem autora różnica wynika wyłącznie z przyjętego tłumaczenia z jęz. ang. wyrażenia *central counterparty* stąd terminy te należy uznać za równoważne.

<sup>5</sup> Mowa o rekuncji i kompresji portfela, które zostaną krótko opisane w dalszej części pracy.

<sup>6</sup> Akt prawny dostępny na stronie: <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4173>.

<sup>7</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 w sprawie instrumentów pochodnych będących przedmiotem obrotu poza rynkiem regulowanym, kontrahentów centralnych i repozytoriów transakcji (Dz. U. UE L 201/1).

między CCP a każdą ze stron. J. Szewczyk<sup>8</sup> wskazuje na gwarancyjny charakter działania krajowego CCP, gdy z istoty nowacji powinien on przejmować całość ryzyka związanego z wykonaniem kontraktu<sup>9</sup>. Interpretacja ta pomimo niejasności terminologicznych jest zgodna z art. 45 rozporządzenia EMIR, który wyraźnie stanowi, że CCP ryzyko strat ponieść dopiero w sytuacji niewykonania zobowiązania przez danego uczestnika transakcji. Na czysto rozliczeniowy charakter nowacji wskazuje T. Sójka<sup>10</sup>, który odróżnia stosunek transakcyjny pomiędzy stronami pierwotnego kontraktu od stosunków prawnych powstałych po dokonaniu nowacji. Centralny kontrahent powinien wykorzystać przede wszystkim środki wniesione przez podmiot odpowiedzialny za naruszenie kontraktu, w który wstąpił centralny kontrahent. Należy zatem uznać, że działalność CCP w przypadku derywatów na rynku pozagiełdowym ma charakter pośredniczący i quasi-gwarancyjny pomimo wygaśnięcia umowy kreującej instrument pochodny pomiędzy stronami wraz z jej przyjęciem do rozliczenia. Ważnym elementem nowacji rozliczeniowej jest wykonanie powstałych w ten sposób zobowiązań poprzez netting, którego istota zostanie wyjaśniona w dalszej części pracy. Należy wspomnieć, że na krajowym rynku funkcję centralnego kontrahenta pełni KDPW\_CCP S.A.

Działanie centralnego kontrahenta ma minimalizować ryzyko związane z niewykonaniem kontraktu (ryzyko transakcyjne). W sytuacji, gdy jedna ze stron pierwotnej umowy nie będzie w stanie spełnić zobowiązań, ich wykonanie będzie zapewniane przez CCP, który jest zobowiązany posiadać rezerwę na pokrycie strat przekraczających depozyty zabezpieczające. CCP powinien określić zarówno depozyt zabezpieczający jak i minimalny w wysokości gwarantującej wykonanie zobowiązań bez korzystania z innych środków. Zazwyczaj depozyty mają taką wysokość, która będzie w stanie pokryć rozliczenia wynikające z wahań wartości instrumentu bazowego w okresie do wygaśnięcia derywatu. Depozyt zabezpieczający to określona część wartości kontraktu, którą strona zobowiązana z kontraktu musi zablokować u CCP w celu dziennego ustalania sald stron umowy. Kontrakty dotyczące instrumentów pochodnych rozliczane są przez CCP w formule *marking to market*, która polega na codziennej wycenie danego instrumentu i wzajemnym rozliczeniu stron każdego dnia

---

<sup>8</sup> Zob. J. Szewczyk, *Nowacja ...op. cit.* s. 58-59.

<sup>9</sup> Ryzyko rozrachunku (*settlement risk*).

<sup>10</sup> T. Sójka, *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*. Komentarz do art. 45h ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, LEX 2015.

istnienia instrumentu pochodnego. Depozyt minimalny to część wartości kontraktu mniejsza lub równa depozytowi zabezpieczającemu, poniżej której nie może spaść saldo na koncie strony kontraktu. W przypadku, gdy stan środków na koncie spadnie poniżej depozytu minimalnego, CCP powinien wezwać stronę do uzupełnienia depozytu. Jeśli strona nie dokona tego w wymaganym przez CCP czasie, centralny kontrahent ma prawo zamknąć pozycję strony na danym kontrakcie. Zamknięcie pozycji polega na zawarciu przeciwstawnego kontraktu o identycznych warunkach i tym samym terminie wygaśnięcia. W wyniku tej konstrukcji, zobowiązania strony na takiej parze instrumentów pochodnych będą się wzajemnie znosić, stąd efekt będzie podobny do sytuacji, w której strona nie posiada żadnego derywatu.

Zmniejszenie ryzyka dla członków nieuczestniczących w transakcji zapewnia także kaskadowy sposób pokrywania strat w przypadku niewykonania zobowiązania, który przewidywany został w art. 45 rozporządzenia EMIR. W pierwszej kolejności stratę pokrywa się z depozytów zabezpieczających wniesionych przez członka rozliczającego kontrakt. Depozyty te powinny być w stanie pokryć większość strat wynikłych z niewykonania zobowiązań przez członków CCP w danym horyzoncie czasowym. Następnym stopniem zabezpieczenia są składki na fundusz na rzecz niewykonania zobowiązań wniesione przez członka CCP niewykonującego zobowiązań, a gdy suma w ten sposób uzyskana okaże się niewystarczająca, CCP powinien użyć środków z funduszu pochodzących od innych członków rozliczających. Przed skorzystaniem z ostatniej grupy środków centralny kontrahent powinien użyć własnych rezerw celowych. Zabronione jest pokrywanie strat z depozytów zabezpieczających stron innych kontraktów przejętych przez CCP. Na centralnych kontrahentów nałożony jest także wymóg ścisłej kontroli ryzyka działalności. Po pierwsze, zabezpieczenia przyjmowane przez CCP powinny być wysoce płynne i o maksymalnie niskim ryzyku kredytowym i rynkowym. Zatem w grę będą tu wchodziły przede wszystkim środki pieniężne i obligacje państw o wysokim ratingu inwestycyjnym. Po drugie, CCP własne środki finansowe może lokować jedynie w środki pieniężne lub instrumenty finansowe o cechach identycznych jak te, które może przyjmować na zabezpieczenie. Rozwiązania te mają na celu, poza ograniczaniem ryzyka działalności, umożliwienie szybkiego (i w miarę możliwości ograniczającego straty) upłynnienia aktywów stanowiących zabezpieczenie lub będących inwestycjami CCP. Taka konieczność może przykładowo zaistnieć w wypadku wspomnianego już kaskadowego pokrywania strat.



### **3. Jakie kontrakty podlegają obowiązkowi rozliczania?**

#### 3.1. Wymogi przedmiotowe

O ile zgłoszeniu do repozytoriów transakcji podlegają wszystkie kontrakty pochodne na rynku OTC, to obowiązek rozliczania obejmuje wyłącznie instrumenty o określonych cechach:

- a) wystarczający stopień standaryzacji ich warunków oraz procesów operacyjnych - kontrakt będzie spełniał te cechy w sytuacji, gdy jego warunki są kształtowane na rynku w sposób jednolity, a także nie pozostawiają wątpliwości procedury jego zawierania i wykonania; standaryzacja ta przejawia się zatem przede wszystkim w postaci wyboru instrumentu bazowego, czy sposobu wyliczenia należności stron;
- b) płynność i wolumen pozwalające na ich rozliczanie poprzez CCP - wymóg ten oznacza możliwość szybkiego otwierania i zamykania pozycji na danym kontrakcie pochodnym oraz odpowiedni ich wolumen, czyli łączną wartość wszystkich kontraktów danej klasy obecnych na rynku;
- c) dostępność wiarygodnych informacji o ich wycenach na podstawie wartości rynkowej albo na podstawie odpowiedniego modelu - wiarygodność informacji o wycenie instrumentu finansowego ma niebagatelne znaczenie dla jego kwalifikacji do rozliczenia w CCP; możliwość rynkowej czy modelowej wyceny wiąże się z płynnością danego derywatu, ułatwia ona także ocenę ryzyka zarówno przez kontrahentów jak i CCP.

W przypadku określania klas instrumentów kwalifikujących się do rozliczenia pojawiły się dwa podejścia. Podejście „od dołu” wiąże się z określaniem klas podlegających obowiązkowi rozliczania na podstawie klas derywatów już rozliczanych przez CCP. Z kolei podejście „od góry” polega na identyfikacji klasy wymagającej clearing<sup>11</sup> poprzez centralnego kontrahenta przez ESMA<sup>12</sup> w grupie derywatów, których nie rozlicza żaden CCP. Następnie Komisja Europejska powinna wydać standardy techniczne określające dane klasy

---

<sup>11</sup> *Clearing* – pojęcie równoznaczne rozliczaniu obecne w języku finansowym. Inaczej kompensacja wzajemnych zobowiązań stron przez podmiot zabezpieczający transakcję (izbę rozliczeniową). W pracy pojęcia te będą stosowane zamiennie.

<sup>12</sup> ESMA – *European Securities Market Authority* (Europejski Urząd Nadzoru Papierów Wartościowych i Giełd).

derywatów. Obecnie w ramach tych procedur obowiązkowi rozliczenia poddano kontrakty: *basis swap*<sup>13</sup>, *fixed to float swap*<sup>14</sup>, FRA<sup>15</sup>, OIS<sup>16</sup> na euro, funta brytyjskiego, jena i dolara amerykańskiego oraz CDS index<sup>17</sup>. Zaproponowano również objęcie obowiązkiem rozliczania kontraktów FRA i *fixed to float swap* na koronę norweską, koronę szwedzką i złotego<sup>18</sup>.

### 3.2. Wymogi podmiotowe

Zgłoszenie konkretnego kontraktu jest zależne od statusu podmiotu będącego stroną kontraktu. Obowiązkowi temu podlegają kontrakty, w których stronami są:

- a) dwaj kontrahenci finansowi w rozumieniu rozporządzenia EMIR (FC)<sup>19</sup>,
- b) kontrahent finansowy i kontrahent niefinansowy, którego zobowiązanie z kontraktu przekracza wartość progową dla określonej klasy derywatów (NFC+)<sup>20</sup>,
- c) dwóch kontrahentów NFC+,
- d) NFC+ lub FC oraz kontrahent z poza EOG, który mając siedzibę w EOG byłby objęty wspomnianym obowiązkiem.

Przez okres trzech lat od wejścia w życie rozporządzenia EMIR, obowiązkowi rozliczenia nie podlegały instrumenty pochodne rynku OTC, co do których można było obiektywnie stwierdzić, że zmniejszają ryzyko inwestycji bezpośrednio związane z wypłacalnością finansową systemu programów emerytalnych zdefiniowanych

---

<sup>13</sup> Swap stóp procentowych, w którym obie stopy procentowe są stopami zmiennymi.

<sup>14</sup> Swap stóp procentowych, w którym jedna ze stóp jest stopą stałą a druga zmienną.

<sup>15</sup> Kontrakt na różnicę stopy procentowej.

<sup>16</sup> Swap bazujący na stopie overnight.

<sup>17</sup> Swap ryzyka kredytowego danego indeksu giełdowego.

<sup>18</sup> J.w.

<sup>19</sup> Skróty w nawiasach są zgodne z terminologią używaną przez ESMA: FC – kontrahent finansowy (*financial counterparty*), NFC+ – kontrahent niefinansowy (*non financial counterparty*), u którego wartość nominalna posiadanych derywatów przekracza wartość progową. Odpowiednio NFC – to kontrahent niefinansowy, który nie podlega obowiązkowi rozliczania kontraktu poprzez CCP.

<sup>20</sup> Progi (*thresholds*) określa art. 11 Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) nr 149/2013 z dnia 19 grudnia 2012 r. uzupełniającego rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących pośrednich uzgodnień rozliczeniowych, obowiązku rozliczania, rejestru publicznego, dostępu do systemu obrotu, kontrahentów niefinansowych, technik ograniczania ryzyka związanego z kontraktami pochodnymi będącymi przedmiotem obrotu poza rynkiem regulowanym, które nie są rozliczane przez kontrahenta centralnego, Dz. U. UE L 52/11.

w rozporządzeniu. Wyłączenie to obejmowało zatem przede wszystkim fundusze emerytalne i dotyczyło tylko obowiązku rozliczania kontraktów poprzez CCP. Inne obowiązki jak np. konieczność zgłaszania wszelkich transakcji derywatowych do repozytoriów transakcji oraz stosowanie technik ograniczania ryzyka, miały przez ten okres zastosowanie do wszystkich instytucji podlegających rozporządzeniu EMIR.

Techniki ograniczania ryzyka związanego z derywatami są kolejną grupą kluczowych postanowień rozporządzenia EMIR, mających wpływać pozytywnie na bezpieczeństwo rynku OTC tych instrumentów finansowych. Wymóg rekonyliacji, czyli uzgadniania portfeli, został nałożony przez art. 11 wspomnianego rozporządzenia i dookreślony w art. 13 Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) Nr 149/2013. Polega on na nałożeniu na strony pierwotnej transakcji pochodnej obowiązku uzgadniania zapisów danej transakcji w księgach rachunkowych, w szczególności jej wyceny. Uzgadnianie takie musi być dokonane w okresach określonych standardami technicznymi wydanym przez Komisję Europejską. Kompresja portfela to ostatni z obowiązków wprowadzonych rozporządzeniem EMIR. Został on wprowadzony przez art. 11 rozporządzenia EMIR i dookreślony w art. 14 Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) nr 149/2013. Na jego podstawie każdy kontrahent finansowy i niefinansowy, posiadający co najmniej 500 obowiązujących, zawartych z innym kontrahentem kontraktów pochodnych, będących przedmiotem obrotu poza rynkiem regulowanym, które nie są rozliczane centralnie, posiada procedury dotyczące sprawdzania regularnie, a co najmniej dwa razy w roku, możliwości dokonania kompresji portfela w celu zmniejszenia ryzyka kredytowego kontrahenta i procedury dotyczące przeprowadzania takiej kompresji portfela. Kompresja ta w najprostszym ujęciu polega na zamknięciu zbędnych z punktu widzenia ryzyka kredytowego pozycji.

#### ***4. Ryzyka ekonomiczne związane z CCP***

Wspomniane wymogi dotyczące CCP zmuszają te instytucje do swoistej awersji do ryzyka w prowadzeniu działalności polegającej na rozliczaniu transakcji derywatowych. Jednak możliwe jest wyodrębnienie kilku zagrożeń ekonomicznych związanych z instytucją centralnego kontrahenta. Za zagrożenie ekonomiczne (ryzyko ekonomiczne) uważam możliwość zaistnienia określonych zdarzeń o negatywnych skutkach gospodarczych wynikające z działalności podmiotów gospodarczych, funkcjonowania rynku lub zdarzeń losowych

mogących mieć wpływ na zachowania podmiotów uczestniczących w obrocie na rynku pozagiełdowym derywatów. Jednym z nich jest potencjalna nieskuteczność wprowadzenia CCP jako środka walki z ryzykiem systemowym<sup>21</sup> wymieniana m.in. przez A. N. Rechtschaffena<sup>22</sup> i B. Cœuré<sup>23</sup>. Centralni kontrahenci są bowiem instytucjami z natury koncentrującymi w sobie ryzyko niewypłacalności stron kontraktu pochodnego. Ryzyko to będzie kumulowane w centralnym kontrahencie poprzez jego funkcję swoistego gwarantowania wykonania kontraktów przez wszystkich członków rozliczających. Niewykonanie swoich zobowiązań wynikających z derywatów przez jednego z nich może zatem spowodować potencjalne problemy finansowe CCP. Taka sytuacja będzie miała miejsce, jeśli derywaty posiadane przez niewypłacalnych członków rozliczających będą miały odpowiednio wysoką wartość. Problemy CCP jednak automatycznie stają się problemami całego systemu finansowego z powodu tego, że centralny kontrahent będzie centralnym punktem w sieci połączeń na rynku OTC derywatów. Będzie przypadkiem instytucji „*too interconnected to fail*”<sup>24</sup> czyli niebezpiecznych dla systemu finansowego właśnie z powodu sieci wzajemnych powiązań na tym rynku. Ewentualna niewypłacalność centralnego kontrahenta rozpocznie zatem „zarażanie” kolejnych instytucji finansowych. Zagrożenie niewypłacalnością CCP raport ESMA<sup>25</sup> ocenia jako niewielkie, jednak należy postulować stworzenie poza wspomnianymi wcześniej regulacjami ograniczającymi ryzyko dla CCP efektywnego modelu upadłości tych instytucji. Wspomniany raport ESMA wskazuje, że centralni kontrahenci mogą upaść w wypadku takiego splotu wydarzeń na rynku, który wraz z niewypłacalnością

---

<sup>21</sup> Opis działania mechanizmu ryzyka systemowego podają I. Anabtawi, S. L. Schwarcz, *Regulating Systemic Risk: Towards An Analytical Framework*, 2011.

<sup>22</sup> Zob. A. N. Rechtschaffen w: *Capital Markets...*, op. cit, s. 240-241.

<sup>23</sup> Zob. B. Cœuré: *Risks in Central counterparties (CCPs)*, wypowiedź w czasie konferencji: "Mapping and Monitoring the Financial System: Liquidity, Funding, and Plumbing", zorganizowanej przez Office of Financial Research and Financial Stability Oversight Council, Washington DC, 23 stycznia 2014 r.

<sup>24</sup> Pojęcie „*too interconnected to fail*” omawiają na podstawie modelu ekonomicznego M. Gofman, *Efficiency and Stability of a Financial Architecture with Too-Interconnected-to-Fail Institutions*, University of Wisconsin Madison, 2016 oraz S. Markose, S. Giansante, M. Gatkowski, A. R. Shaghaghi na podstawie modelu dotyczącego CDS w: *Too Interconnected Too Fail: Financial Contagion and Systemic Risk In Network Model of CDS and Other Credit Enhancement Obligations of US Bank*, University of Essex, 2009.

<sup>25</sup> Zob. Raport UE-wide CCP Stress test 2015 z 29 kwietnia 2016 r., dostępny na stronie: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-658\\_ccp\\_stress\\_test\\_report\\_2015.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-658_ccp_stress_test_report_2015.pdf).

członków CCP o dużych wartościach posiadanych derywatów będzie się łączył z nietypowymi zawirowaniami na rynku<sup>26</sup>.

Problemem przynajmniej dla niektórych kontrahentów centralnych na rynku unijnym może być teoretycznie także duży stopień koncentracji ekspozycji związanych z jednym kontrahentem. Według wspomnianego raportu ESMA w przypadku 1 z 17 unijnych CCP niewypłacalność członka z największym udziałem wiązałaby się z dużym ryzykiem właśnie z powodu koncentracji ekspozycji na jednym członku rozliczającym. Pozostałe CCP w zależności od sposobu pomiaru nie mają tak bardzo skoncentrowanych zobowiązań. Jednak miary koncentracji nie uwzględniają możliwych powiązań pomiędzy członkami. Stąd można wyciągnąć wniosek, że CCP będzie spełniać funkcję tylko wtedy, gdy jego członkowie będą stabilni oraz rynek finansowy podlegający CCP będzie rynkiem o odpowiednich regulacjach dla utrzymania stabilności finansowej.

Wyniki stress testów wskazują, że większość strat wynikłych z powodu niewypłacalności strony zostanie pokryta przez depozyty zabezpieczające. W tym momencie pojawia się kolejne ryzyko związane z konkurencją na rynku CCP. Wielostronny *netting*<sup>27</sup> przynosi maksymalne korzyści w przypadku dużej liczby kontraktów rozliczanych przez CCP oraz gdy są one skoncentrowane w jednym centralnym kontrahencie<sup>28</sup>. Stąd za korzystną zarówno dla CCP jak i członków rozliczających można uznać konsolidację rynku centralnych kontrahentów. Ponadto CCP zależy na jak największym wolumenie rozliczanych transakcji, ponieważ z tego uzyskują przychody. W związku z tym naturalną może się stać tendencja obniżania wspomnianych już wymagań dotyczących np. depozytów zabezpieczających, po to, aby zachęcić potencjalnych kontrahentów do korzystania z usług. Obniżanie tych wymagań oraz przewaga informacyjna członków rozliczających prowadzi do negatywnej selekcji<sup>29</sup>. Członek rozliczający znając dokładnie ryzyko związane z posiadaniem kontrak-

---

<sup>26</sup> Za taki splot wydarzeń można uznać z pewnością kryzys z 2008 roku. Stąd nie należy całkowicie wykluczać możliwości pojawienia się problemów CCP nawet jeśli prawdopodobieństwo takiego zdarzenia jest bardzo małe.

<sup>27</sup> *Netting* jest pojęciem z jęz. finansowego oznaczającym wzajemne rozliczanie stron poprzez kompensację sald (potrącenie). W przypadku jej wielostronności polega ona na uzgadnianiu sald wszystkich członków CCP i transferze środków netto po tej operacji. Z pojęciem *nettingu* w nieco innym kontekście można się spotkać także w przypadku umowy *cash-poolingu* nieruchomościowego.

<sup>28</sup> Zob. D. Duffie, H. Zhu, *Does a Central Clearing Counterparty Reduce Counterparty Risk?*, p. 74-95, Review of Asset Pricing Studies (2011) 1.

<sup>29</sup> Działanie negatywnej selekcji wyjaśnia G. A. Akerlof, *The market for „lemons”: quality uncertainty and the market mechanism*, The Quarterly Journal of Economics 3/1970, s. 488-500.



tem będzie poszukiwał takiego centralnego kontrahenta, który oceni jego ryzyko jako możliwie najniższe, czyli zażąda mniejszego depozytu zabezpieczającego. W skrajnym wypadku CCP, chcąc zachęcić potencjalnych klientów, może oceniać część kontraktów jako mniej ryzykowne niż są w rzeczywistości. Z tego powodu CCP z najmniejszymi stawkami wymaganych depozytów będą posiadać w portfelu przyjętych do clearingu transakcji znaczny ich wolumen (korzystny dla centralnego kontrahenta), jednak obciążony także większym niż normalne ryzykiem. Wiele CCP rozlicza nie tylko derywaty podlegające obowiązkowi z rozporządzenia EMIR, ale także i inne ich klasy zaakceptowane przez ESMA. Większa liczba transakcji, możliwa konkurencja w postaci obniżania depozytów minimalnych, czy potencjalne konsolidacje mogą uczynić działanie CCP bardziej efektywnym. Jednak spowoduje to wzrost ich znaczenia dla systemu finansowego – staną się „*too big too fail*”. Pomimo surowych wymagań regulacyjnych stają się one podmiotem ryzyka wystąpienia tzw. pokusy nadużycia (hazardu moralnego, ang. *moral hazard*) ze strony instytucji rozliczających, ponieważ w przypadku sytuacji kryzysowej i zagrożenia bytu CCP podmioty publiczne mogą być skłonne do ich dofinansowania. W przypadku CCP będących instytucjami kredytowymi problem powinna rozwiązać dyrektywa BRRD<sup>30</sup>, która może umożliwić stosowanie środków uporządkowanej likwidacji (tzw. *resolution*) wobec takich centralnych kontrahentów. Dyrektywa ta jest odpowiedzią na sytuację ratowania instytucji finansowych z publicznych pieniędzy podczas ostatniego kryzysu finansowego. Jej głównym założeniem jest udział przede wszystkim wierzycieli i udziałowców instytucji kredytowej w jej stratach i ponoszenie ryzyka takiego zdarzenia<sup>31</sup>. Na potencjalny wzrost ryzyka systemowego wskazuje także ISDA<sup>32</sup>, która zwraca uwagę na niedoskonałość mechanizmów zabezpieczają-

---

<sup>30</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/EU oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012, Dz. U. UE L 173/1.

<sup>31</sup> Więcej o mechanizmie *resolution* zob. O. Szczepańska, A. Dobrzańska, B. Zdanowicz, *Resolution czyli nowe podejście do banków zagrożonych upadłością*, NBP 2015, dokument dostępny na stronie: <https://www.nbp.pl/systemfinansowy/Resolution.pdf>.

<sup>32</sup> International Swap and Derivatives Association – organizacja zszerzająca uczestników rynku OTC derywatów.



cych CCP spowodowaną przede wszystkim różnym stopniem poinformowania uczestników rozliczania przez centralnego kontrahenta<sup>33</sup>.

W tym właśnie aspekcie pojawia się kolejne ryzyko wystąpienia zdarzenia związanego z konkurencją na rynku CCP przejawiające się w tym, że część europejskich centralnych kontrahentów ma dostęp do pomocy płynnościowej oferowanej przez banki centralne. Możliwość taka istnieje z powodu łączenia funkcji CCP z funkcją instytucji kredytowej<sup>34</sup>. Takie rozwiązanie, jeśli jest dostępne, przykładowo w razie złego zarządzania ryzykiem przez CCP, może wiązać się z ryzykiem wspomnianej pokusy nadużycia. Z drugiej strony takie zabezpieczenie w sytuacji krytycznej daje niektórym CCP przewagę konkurencyjną. W niektórych krajach przewidziano dostęp do pomocy płynnościowej poprzez wymóg prawny połączenia funkcji CCP z funkcją instytucji kredytowej. Te ostatnie zazwyczaj mają zapewniony dostęp do banku centralnego jako pożyczkodawcy ostatniej instancji (np. we Francji)<sup>35</sup>. Innym rozwiązaniem może być proponowany przez IMF<sup>36</sup> dostęp do kredytu w banku centralnym dla centralnych kontrahentów, którzy nie są instytucjami kredytowymi. Konieczność dostępu do pomocy płynnościowej przez kontrahentów centralnych podnosił także Bank Rozrachunków Międzynarodowych w swoich opracowaniach. W tej sytuacji krajowy CCP (KDPW\_CCP S.A.) nieposiadający możliwości kredytowania się w NBP w sytuacji kryzysowej stoi na gorszej pozycji niż konkurenci zagraniczni.

## **5. Prawne ryzyka obowiązku rozliczania niektórych instrumentów pochodnych z pomocą CCP**

Ryzyka prawne istnieją przede wszystkim w wyłączeniach obowiązku rozliczania przez CCP kontraktów o niestandardyzowanych warunkach. Możliwe jest tworzenie przez zainteresowane podmioty kontraktów o wysublimowanych warunkach, co uniemożliwi ich rozliczanie przez CCP. Ryzyko takie może dotyczyć zwłaszcza dużych dealerów in-

---

<sup>33</sup> Zob. C. Pirrong, *The Economics of Central Clearing: Theory and Practice*, ISDA Discussion Paper Series 1/2011, s. 14.

<sup>34</sup> Zob. M. Szpringer, W. Szpringer, *Kontrahenci centralni z perspektywy ekonomicznej analizy prawa*, s. 27-28, *Kwartalnik Nauk O Przedsiębiorstwie* 1/2015.

<sup>35</sup> Zob. J. Huang, *The Law and Regulation of Central Counterparties*, Hart Publishing 2010, s. 157.

<sup>36</sup> Zob. F. Wendt, *Central Counterparties: Addressing their Too Important to Fail Nature*, p. 20, IMF Working Paper WP/15/21.

strumentów pochodnych na rynku pozagiełdowym, którzy rozliczając derywaty poprzez CCP tracą możliwość ich dwustronnego *nettingu* z derywatami niepodlegającymi temu obowiązkowi. Poza tym podmioty finansowe nie były początkowo chętne do korzystania z usług CCP, o czym wspominają między innymi motyw nr 13 rozporządzenie EMIR<sup>37</sup>. Udział instrumentów wykonywanych poprzez centralnego kontrahenta wzrósł wraz z nałożeniem opisywanego obowiązku. Ryzyko kreowania nowych klas instrumentów finansowych jest moim zdaniem stosunkowo duże, a sama czynność niezbyt skomplikowana. Przykładowo najczęstszy *swap* na stopę procentową może zostać zastąpiony odpowiednim portfelem kontraktów opcyjnych, które na rynku amerykańskim są wyłączone z obligatoryjnego rozliczania przez CCP<sup>38</sup>, a w przypadku działalności ESMA nie zostały nim objęte. Teoretycznie takie skomplikowanie transakcji może być opłacalne dla stron kontraktu. Stąd typy czynności niezgodne z celami rozporządzenia mogą być coraz częstsze, a niemożliwy i niepraktyczny byłby wymóg objęcia wszystkich instrumentów obowiązkiem określonym w rozporządzeniu. Pokusa odpowiedniego konstruowania portfeli derywatów w celu uniknięcia obowiązku rozliczania poprzez CCP może być tym większa, im więcej niestandardowych instrumentów pochodnych posiada instytucja w swoim portfelu. W przypadku wielości transakcji pomiędzy dwoma podmiotami na rynku dwustronny *netting* (rozliczenie), zwłaszcza wobec skomplikowanej ich natury, może mieć uzasadnienie ekonomiczne i zwiększać ryzyko kreowania w drodze nietypowych umów nowych klas derywatów.

Kolejnym ryzykiem prawnym dotyczącym derywatów na rynku pozagiełdowym jest ryzyko związane z wielością podmiotów obecnych na rynku i barierami prawnymi dla interoperacyjności pomiędzy poszczególnymi CCP. Jako interoperacyjnych należy rozumieć dwóch lub więcej CCP, którzy mają możliwość rozliczania wspólnie transakcji, np. jeden CCP rozlicza stronę krótką, drugi długą kontraktu. Dzięki temu można maksymalizować korzyści z korzystania z usług centralnego kontrahenta, jednak często bariery praw-

---

<sup>37</sup> „Zachęty promujące korzystanie z CCP okazały się niewystarczające, by zapewnić faktyczne rozliczanie centralne zestandaryzowanych kontraktów pochodnych będących przedmiotem obrotu poza rynkiem regulowanym. Niezbędne jest zatem wprowadzenie wymogu rozliczania za pośrednictwem CCP kontraktów pochodnych będących przedmiotem obrotu poza rynkiem regulowanym, które mogą być rozliczane centralnie”.

<sup>38</sup> A. N. Rechtschaffen w *Capital Markets...*, op. cit., s. 215. Opcje w regulacji amerykańskiej zostały bezpośrednio wyłączone spod pojęcia *swap*. Tylko swapy zgodnie z Section 723(a)(3) ustawy Dodd-Frank, podlegają rozliczeniu przez CCP “it shall be unlawful for any person to engage in a swap unless that person submits such swap for clearing to a derivatives clearing organization...if the swap is required to be cleared”.

ne uniemożliwiają lub znacznie utrudniają takie działania. Interoperacyjność wymaga także wprowadzenia regulacji ryzyka z nią związanego, ponieważ wzmocni to sieć powiązań pomiędzy poszczególnymi kontrahentami centralnymi. Problemem w tym aspekcie jest pozwolne autoryzowanie CCP spoza UE przez ESMA. CME Inc., centralny kontrahent z największego rynku derywatów na świecie, został autoryzowany dopiero w czerwcu 2016 r.<sup>39</sup> Utrudnia to wzrost efektywności działania centralnych kontrahentów oraz uniemożliwia wykorzystanie pełni potencjału obecnych regulacji. Interoperacyjność może bowiem w części zastąpić możliwość istnienia jednego globalnego CCP<sup>40</sup>, co jest niemożliwe z różnych względów<sup>41</sup>.

## 6. Podsumowanie

Rozliczanie instrumentów pochodnych poprzez CCP niesie ze sobą wiele korzyści, które przejawiają się między innymi w spadku wartości nominalnej derywatów OTC z powodu wyeliminowania z obrotu tzw. zbędnych kontraktów, czyli takich, które były dublowane lub powtarzane bez żadnego celu ekonomicznego. Przejrzystość wprowadzona rozporządzeniem EMIR ułatwia także zarządzanie ekspozycjami na instrumentach pochodnych oraz odnosi pozytywny skutek dla informowania opinii publicznej na temat stanu instytucji finansowych. Założenia reformy i regulacje nią wprowadzone powinny także znacznie ograniczyć ryzyko obecne na rynkach finansowych.

Jednak pozytywne skutki wspomnianej regulacji wiążą się z ryzykami prawnymi i ekonomicznymi. Rynek CCP, według wielu ekonomistów, może dążyć do monopolu naturalnego<sup>42</sup> z powodu wysokich barier wejścia oraz wysokich kosztów stałych przy stosunkowo niskich kosztach zmiennych. Należy także zwracać uwagę na zdolność CCP do wytrzymania negatywnych reakcji w przypadku kryzysu finansowego z tego powodu,

---

<sup>39</sup> Zob. Document ESMA z 17 czerwca 2016 r., dostępny na stronie: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/third-country\\_ccps\\_recognised\\_under\\_emir.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/third-country_ccps_recognised_under_emir.pdf).

<sup>40</sup> Interoperacyjność szeroko opisuje raport ESRB (Europejska Rada Ryzyka Systemowego), dostępny na stronie: [https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/other/2016-01-14\\_Interoperability\\_report.pdf?521c7826e0f6a3a5d402227dcc7581c6](https://www.esrb.europa.eu/pub/pdf/other/2016-01-14_Interoperability_report.pdf?521c7826e0f6a3a5d402227dcc7581c6).

<sup>41</sup> Np. politycznych czy ekonomicznych w skali kraju – mniejsze instytucje finansowe, też są objęte obowiązkiem z rozporządzenia EMIR, a nie zawsze jest możliwe rozliczanie derywatów przez pośrednika (np. spółkę matkę banku krajowego).

<sup>42</sup> Zob. M. Szpringer, W. Szpringer, *Kontrahenci...*, op. cit., s. 24.

że ze swojej natury stały się one instytucjami systemowo istotnymi. CCP kupią bowiem w sobie całe ryzyko związane z brakiem dotrzymania warunków kontraktu pochodnego przez strony umowy na rynku OTC, które muszą ograniczać poprzez surowe wymogi działania i wpisaną w ich regulację awersję do ryzyka. Potencjalne obniżanie tych standardów poprzez poszczególnych centralnych kontrahentów, związane przykładowo z konkurencją na ich rynku, może powodować wzrost ryzyka systemowego.

W działalności centralnych kontrahentów pojawiają się także określone ryzyka prawne. Jednym z nich jest możliwość kreowania coraz bardziej niestandardowych instrumentów pochodnych wyłącznie po to, aby uniknąć przynajmniej części obowiązków związanych z rozporządzeniem EMIR. Sytuacja taka może mieć coraz większą częstotliwość w związku z planowanym rozszerzeniem opisywanego obowiązku na kolejne klasy derywatów. Kolejnym ryzykiem prawnym związanym z obowiązkiem rozliczania derywatów przez OTC jest różnica w regulacji pomocy płynnościowej banku centralnego dla CCP w poszczególnych jurysdykcjach UE. Bez takiej możliwości CCP mają mniejszą możliwość konkurowania na rynku, stąd w teorii mogą stosować surowsze depozyty minimalne, czy być postrzegane jako mniej stabilne. Bariery prawne napotyka także interoperacyjność działania CCP, która w pełni dostępna zapewniłaby maksymalną efektywność ich działania. Stąd należy postulować ujednolicenie tych zagadnień przynajmniej na terenie samej UE.

\* \* \*

### **Legal and economic risks of the duty of clearing over-the-counter (OTC) derivatives through the Central Counterparty (CCP).**

**Summary:** The latest financial crisis directed authorities' eyes onto derivatives. The fact that most of them are bilateral contracts on OTC market was the main reason for creating control mechanism and ensuring transparency on OTC derivatives markets which are connected with high risk – systemic and transactional. The outcome in the shape of EU legislation is EMIR – a regulation which makes mandatory the clearing of standardized OTC financial instruments through CCP – central counterparty.

This paper aims to describe the legal and economic risks connected with CCPs. The importance of finding those risks cannot be overlooked. CCPs are institutions which hold systemic importance. They connect all of the financial transactions in one place. If CCP had financial problems it could

possibly endanger other financial institutions. An opposite situation is also possible – a problem of an important CCP member can transfer the risk from one transaction to the entire CCP and indirectly to the other members.

The risks will be described by comparing authorities' objectives to the functioning of the CCP market. Author will also analyze EMIR provisions and ESMA reports about CCPs.

**Key words:** EMIR, ESMA, systemic risk, moral hazard, CCP, financial instruments, derivatives, OTC, novation, clearing house.

**Hubert Kruk\***

## **Unikanie opodatkowania przez spółki w Unii Europejskiej z uwzględnieniem Dyrektywy Rady 2016/1164.**

### **Streszczenie**

Artykuł porusza kwestię unikania opodatkowania w Unii Europejskiej, uwzględniając Dyrektywę o unikaniu opodatkowania. Wstępna część pracy poświęcona jest wprowadzeniu w omawianą tematykę poprzez wyjaśnienie kluczowych pojęć. Następnie omówione są podstawowe kwestie związane z prawem podatkowym w Unii Europejskiej, przechodząc dalej do dokładniejszego omówienia podatku dochodowego od osób prawnych jako szczególnie istotnego w omawianej tematyce. W kolejnej części poruszona jest problematyka swobód europejskich a następnie orzecznictwa Europejskiego Trybunał Sprawiedliwości w kwestii unikania opodatkowania. Czwarta część poświęcona jest nowości w prawie wspólnotowym, jaką stanowi Dyrektywa Rady o unikaniu opodatkowania. W zakończeniu znajduje się ocena dotychczasowych działań Unii na omawianej płaszczyźnie oraz mechanizmy mogące w przyszłości umożliwić skuteczniejszą walkę z unikaniem opodatkowania.

**Słowa kluczowe:** Unikanie opodatkowania, spółki, Unia Europejska, Dyrektywa o unikaniu opodatkowania.

---

\* Hubert Kruk – student IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji na Uniwersytecie Jagiellońskim.



## 1. Wstęp

Unikanie opodatkowania przez spółki stanowi istotny problem od samego początku funkcjonowania wspólnotowego rynku wewnętrznego. Stworzenie obszaru bez granic sprzyja agresywnemu planowaniu podatkowemu. Na płaszczyźnie prawa wspólnotowego omawiana tematyka wielokrotnie była przedmiotem zainteresowania Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Nowością w temacie unikania opodatkowania, pomimo już wcześniej istniejących projektów, jest przyjęta 12 lipca 2016 roku, tzw. dyrektywa o unikaniu opodatkowania<sup>1</sup>. Reguluje ona materię podatku dochodowego od osób prawnych, mając na celu m.in. połączenie podatnika z rzeczywistym miejscem prowadzenia działalności gospodarczej. W niniejszej pracy opisane zostaną podstawowe postanowienia Dyrektywy, jak i kluczowe orzeczenia TSUE w zakresie unikania opodatkowania, wraz z analizą podatku dochodowego od osób prawnych. Takie ujęcie omawianego tematu pozwala zaobserwować zachodzące zmiany oraz formułować postulaty *de lege lata* i *de lege ferenda*. Odniesienie do dyrektywy o unikaniu opodatkowania umożliwia wskazanie najnowszych kierunków zmian w poruszanej problematyce.

Problem unikania opodatkowania przez spółki w Unii Europejskiej stanowi istotną materię zarówno na poziomie wspólnotowym, jak i krajowym. Swoboda przedsiębiorczości jest jednym z najistotniejszych elementów wspólnego rynku, z kolei dla państw członkowskich istotne znaczenie mają wpływy budżetowe z podatków płaconych przez spółki, a tym samym określenie ich domicylu.

W ramach struktur europejskich istnieje 28 systemów prawa podatkowego, charakteryzujących się większym lub mniejszym stopniem różnorodności i złożoności. Omawiane zagadnienie dodatkowo komplikuje fakt, iż część państw członkowskich należy do rodziny *continental law* a część do *common law*. W wyniku stopniowej integracji, do Wspólnot Europejskich, a później Unii Europejskiej, dołączyły państwa, które spowodowały zaistnienie zauważalnych różnic w poziomie rozwoju gospodarczego państw członkowskich. Przyjmuje się powszechnie, że jest to istotny czynnik w kontekście ustawodawstwa podatkowego i konkurencji podatkowej. A. Krajewska definiuje konkurencję podatkową jako „obniżanie krajowych stawek podatku lub wprowadzenie ulg i zwolnień podatkowych w celu pobudza-

---

<sup>1</sup> Dyrektywa Rady 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, Dz. U. UE L 193/1.

nia aktywności ekonomicznej gospodarki lub zwiększenia atrakcyjności kraju jako miejsca lokat kapitału zagranicznego”<sup>2</sup>.

Konieczne jest zdefiniowanie kolejnego kluczowego terminu w kontekście omawianej tematyki, jakim jest unikanie opodatkowania (*tax avoidance*). Jest to działanie podatnika, przez które w sposób legalny zmniejsza on wysokość swojego zobowiązania podatkowego. Unikanie opodatkowania, wbrew swojemu negatywnemu wydźwiękowi, jest działaniem legalnym z uwagi na stosowanie się do przepisów prawa podatkowego. Dodatkowo, wiąże się z ujawnieniem przez podatnika informacji koniecznych do prawidłowego ustalenia wysokości zobowiązania podatkowego. Należy odróżnić unikanie opodatkowania, które jest działaniem legalnym, od uchylania się od opodatkowania. Uchylanie się od opodatkowania (*tax evasion*) oznacza ukrywanie informacji koniecznych dla właściwego ustalenia zobowiązania podatkowego lub fałszowanie tych informacji.

Definicja samej spółki, w myśl prawa traktatowego, zawarta jest w art. 54 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zgodnie z którym są to „spółki założone zgodnie z ustawodawstwem Państwa Członkowskiego i mające swą statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo wewnątrz Wspólnoty”. Podmioty te traktowane są jak osoby fizyczne, które mają obywatelstwo jednego z państw Unii – art. 49 TFUE<sup>3</sup>.

## **2. Podatki w Unii Europejskiej w kontekście zasad wspólnego rynku**

Państwa członkowskie Unii Europejskiej mają swobodę w zakresie ustalania stawek podatkowych, z uwzględnieniem obowiązku poszanowania ogólnych zasad podatkowych Unii Europejskiej, mających na celu utrzymanie neutralności podatkowej i przeciwdziałanie powstawaniu szkodliwej konkurencji podatkowej. Sama strategia podatkowa UE skupia się na harmonizacji podatków pośrednich (m.in. podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego). Istotne jest wskazanie na różnicę pomiędzy harmonizacją, oznaczającą zmniejszanie różnic pomiędzy systemami prawnymi, a ujednolicaniem, które jest tworzeniem jednakowych norm w wielu państwach. Jako mechanizm harmonizacji służy dyrekty-

---

<sup>2</sup> A. Krajewska w: *Podatki w Unii Europejskiej. Harmonizacja czy konkurencja podatkowa?*, Radom 2007, s. 255.

<sup>3</sup> Art. 54 wersji skonsolidowanej Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.U. 2012/ C 326/01.

wa, zaś do ujednolicania stosuje się rozporządzenia<sup>4</sup>. Podatki pośrednie generują największe przychody budżetowe. Podatki dochodowe nie stanowią tak istotnej części dochodu, więc jest im poświęcone mniej uwagi, aczkolwiek są obiektem ożywionych dyskusji. Rola podatków pośrednich jest istotna z kontekście unikania opodatkowania przez spółki z uwagi na wpływ na finalne ceny produktów, które mają znaczenie przy ustalaniu konkurencyjności danego rynku. Podatek dochodowy od osób prawnych ma w omawianej tematyce istotne znaczenie z uwagi na wspomnianą konkurencję podatkową ściśle powiązaną z tym podatkiem. Niełatwa do oszacowania jest rola podatku dochodowego od osób fizycznych, która musi być w odmienny sposób analizowana w krajach wysoko rozwiniętych i w tych dopiero aspirujących do tego miana. Wskazuje się, że podatek ten może mieć istotne znaczenie dla ustalenia kosztu kapitału oraz efektywnej stawki podatkowej<sup>5</sup>, tj. elementów wpływających na decyzję o ulokowaniu biznesu na danym obszarze. K. Wach stwierdził, iż podatki w znacznym stopniu kształtują konkurencyjność danego kraju, ponieważ wysokie obciążenia są czynnikiem uprawdopodobniającym odpływ kapitału<sup>6</sup>.

### 2.1. Podatek dochodowy od osób prawnych jako przykład ilustrujący unikanie opodatkowania w UE

Podatek dochodowy od osób prawnych (CIT – *Corporate Income Tax*) może służyć za przykład do przedstawienia możliwości unikania opodatkowania w ramach Unii Europejskiej. Należy stwierdzić, iż podatek dochodowy od osób prawnych jest jedynie jedną ze składowych warunkujących ostateczną konkurencyjność państw dla przedsiębiorstw, składowa ta uwidacznia jednak bardzo dobrze różnorodność prawną obszaru UE w zakresie prawa podatkowego. Przejawem wspomnianej różnorodności są chociażby różnice w tak podstawowej kwestii jak sposób opodatkowania. Istnieją różne sposoby opodatkowania przedsiębiorstw w ramach Unii Europejskiej, w krajach niemieckojęzycznych, a także w Polsce, obowiązuje podatek dochodowy od osób prawnych, z kolei w Hiszpanii, Luksem-

---

<sup>4</sup> A. Szumański, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 630 – 632.

<sup>5</sup> J. Mintz w: M. Devereux, *Efektywność polityki podatkowej*, Warszawa 2007, s. 214 – 215.

<sup>6</sup> K. Wach w: S. Bukowski, M. Pypec, *Podatki w Unii Europejskiej. Harmonizacja czy konkurencja podatkowa?*, Radom 2007, s. 144.

burgu, we Włoszech i na Węgrzech obok podatku dochodowego od osób prawnych istnieje dodatkowo lokalny podatek od działalności gospodarczej.

Ujednolicenie opodatkowania osób prawnych jest przedmiotem trzech dyrektyw unijnych: dyrektywy 2009/133/WE<sup>7</sup> (która zastąpiła dyrektywę 90/434/EWG), dyrektywy 2011/96/UE<sup>8</sup> (zastępującej dyrektywę 90/435/EWG) oraz konwencji arbitrażowej 90/436/EWG<sup>9</sup>.

Długotrwałym i powszechnym zjawiskiem obejmującym całą Unię Europejską jest stopniowe obniżanie stawki podatku dochodowego od osób prawnych, przykładowo w Grecji jeszcze w 2000 roku podatek ten kształtował się na poziomie 40%, podczas gdy obecnie wynosi on 20%. Stawka wynosząca 40% obowiązywała w momencie wprowadzania podatku dochodowego od osób prawnych w Polsce w 1992 roku. Ostatnia zmiana w stawce podatku nastąpiła w 2004 roku wraz z jej obniżeniem do 19%. Od 1 stycznia 2017 roku wprowadzona zostanie preferencyjna 15% stawka podatku dla małych przedsiębiorców. Zgodnie z definicją ustawową mały podatnik to podatnik „u którego wartość przychodu ze sprzedaży (wraz z kwotą należnego podatku od towarów i usług) nie przekroczyła w poprzednim roku podatkowym wyrażonej w złotych kwoty odpowiadającej równowartości 1 200 000 euro”<sup>10</sup>. 15% stawką nie zostaną objęci przedsiębiorcy rozliczający się w ramach podatku dochodowego od osób fizycznych.

Różnorodność stawek podatkowych doskonale wskazuje różnica pomiędzy państwem z najniższą wysokością, a krajem z najwyższą stawką podatku dochodowego od osób prawnych (odpowiednio Cypr – 10% i Malta – 35%)<sup>11</sup>. Różnica wynosi zatem 25 punktów procentowych.

---

<sup>7</sup> Dyrektywa Rady z dnia 19 października 2009 roku w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego.

<sup>8</sup> Dyrektywa Rady z dnia 30 listopada 2011 roku w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich.

<sup>9</sup> Konwencja z 23 lipca 1990 roku w sprawie eliminowania podwójnego opodatkowania w przypadku korekty zysków przedsiębiorstw powiązanych.

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 15 lutego 1992 roku o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. 1992 nr 21 poz. 86 ze zm.).

<sup>11</sup> A. Krajewska, *Podatki w Unii Europejskiej. Długookresowe tendencje i reakcje na kryzys*, Warszawa 2012, s. 140 – 141.

Do interesujących wniosków może prowadzić porównanie średniej wysokości nominalnej stawki podatku dochodowego od osób prawnych w krajach UE-15 i UE-10. W 2011 roku wynosiła ona odpowiednio 26% do 17,5%<sup>12</sup>. Można zauważyć pewną ogólną prawidłowość w omawianym podatku, kraje UE-10 poprzez niższą wysokość podatków starają się zwiększyć swoją konkurencyjność na wspólnotowym rynku. Różnica w opodatkowaniu jest widoczna, choć należy zaznaczyć, że wśród państw, które przystąpiły do UE w 2004 roku i później także istnieją znaczne rozbieżności, przykładowo pomiędzy Maltą (35%) a Łotwą czy też Litwą (15%).

Oczywistym jest, iż obniżanie stawek podatkowych zwiększa konkurencyjność danego kraju wśród potencjalnych inwestorów i prowadzi do zwiększenia prawdopodobieństwa lokowania inwestycji, w szczególności bezpośrednich, na danym obszarze. P. Mintz wskazuje na istnienie trzech podejść do określenia wpływu podatków na decyzje inwestycyjne: model przyspieszenia, model neoklasyczny i model Q<sup>13</sup>.

W przeszłości w wyniku prowadzonej konkurencji podatkowej ukształtował się sprzeciw państw UE-15 wynikający z obniżania podatków przez nowych członków Wspólnoty chcących zwiększyć poziom zagranicznych inwestycji. Szczególnie silny sprzeciw wystąpił po stronie Niemiec (największego płatnika netto do budżetu UE) oraz Francji, padały nawet zarzuty „dumpingu finansowego”. Termin ten nie posiada powszechnie przyjmowanej definicji, nie jest nawet jasne czy należy zakwalifikować to działanie jako legalne czy też nie. Spotyka się pogląd, iż dumping finansowy to przyznawanie przywilejów wyłącznie na rzecz inwestorów zagranicznych. Jak się wydaje, w obliczu zaistniałych okoliczności faktycznych, jak i w odniesieniu do definicji samego dumpingu należy traktować dumping finansowy jako rodzaj nadmiernego obniżania stawek podatkowych ze szkodą dla innych państw. A. Zalasinski wskazuje obecnie na znaczne ograniczenie możliwości zwiększania ilości inwestycji zagranicznych poprzez zachęty podatkowe<sup>14</sup>.

Możliwe jest także alternatywne zachęcanie przedsiębiorców do osiedlania się w danym kraju, znacznie z pewnością łatwiej osiągalne dla państw UE-15 niż konkuren-

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> J. Mintz, op.cit., s. 218 – 221.

<sup>14</sup> A. Zalasinski, w: W. Nykiel, A. Zalasinski (red.), *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach podatkowych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 392.

cja podatkowa. Jest to rodzaj szerszej, ogólnej konkurencji regulacyjnej, której jedynym dotychczasowym przykładem są nowelizacje prawa spółek w Niemczech celem zwiększenia konkurencyjności w stosunku do prawa Wielkiej Brytanii (wprowadzane z uwagi na trend zastępowania niemieckiej spółki z o.o. przez angielską spółkę prywatną).

### ***3. Swobody europejskie i orzecznictwo TSUE a unikanie opodatkowania***

Z treści Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wprost wynika, że podstawę rynku wewnętrznego stanowią swobody europejskie: swoboda przepływu towarów, osób, usług i kapitału<sup>15</sup>. Prawo wspólnotowe zawiera ograniczenie polegające na tym, że nie można stosować kumulatywnie przepisów, które dotyczą różnych wolności rynku wewnętrznego<sup>16</sup>. Każda ze swobód w swym zakresie zabrania: dyskryminacji bezpośredniej, pośredniej i utrudniania dostępu do rynku.

W kontekście unikania opodatkowania przez spółki kluczową rolę spośród swobód europejskich odgrywa swoboda przedsiębiorczości, która gwarantuje wolny wybór miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Unii Europejskiej. Warunkiem korzystania ze swobody przedsiębiorczości jest spełnienie dwóch wymogów: utworzenia podmiotu zgodnie z prawem jednego z państw członkowskich oraz posiadania siedziby, zarządu lub głównego przedsiębiorstwa w jednym z państw członkowskich. Oczywistym celem stojącym za wprowadzeniem tego rodzaju ułatwień w funkcjonowaniu na rynku wewnętrznym było zniesienie ograniczeń w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa poza krajem, w którym zostało ono utworzone, a tym samym powstanie rzeczywistego obszaru bez granic, z korzyścią dla konsumentów z uwagi na zwiększoną konkurencję, jak i dla przedsiębiorstw poprzez ułatwienie poszerzania prowadzonej działalności.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wpływał na rozumienie unikania opodatkowania a tym samym na kształt swobody przedsiębiorczości poprzez interpretację przepisów unijnych. Wyroki TSUE nierzadko na wiele lat klasyfikowały działania spółek w kontekście unikania opodatkowania, sprzyjając liberalnemu rozumieniu swobody przedsiębiorczości lub też prezentując konserwatywną linię orzeczniczą. Za przykład może po-

---

<sup>15</sup> Art. 26 wersji skonsolidowanej Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, 2012/C 326/01.

<sup>16</sup> A. Kuś (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem traktatu z Lizbony*, Lublin 2010, s. 351.



służyć wyrok w przywołanej poniżej sprawie *Daily Mail*, który na wiele lat wpłynął na ograniczenie możliwości przeniesienia siedziby pomiędzy państwami członkowskim, podkreślając tym samym ciągle istnienie wyraźnych granic na rynku wewnętrznym.

Niezwykle istotne jest określenie jak wiele swobody posiadają spółki w zmniejszaniu obciążeń podatkowych, zanim działanie to przekształci się w nadużycie prawa podatkowego. Nad tym zagadnieniem pochylił się TSUE w sprawie *Cadbury Schweppes*<sup>17</sup>. Dotyczyła ona opodatkowania kontrolowanych spółek zagranicznych rezydenta w Zjednoczonym Królestwie. Holding *Cadbury Schweppes* ulokował dwie spółki zależne w Międzynarodowym Centrum Usług Finansowych w Dublinie. Trybunał rozstrzygał czy zasadne jest restrykcyjne uregulowanie kontrolowanych spółek zagranicznych, aby przeciwdziałać unikaniu opodatkowania. Istota wyroku na omawianej płaszczyźnie odnosi się do stosunku swobody przedsiębiorczości do sposobów opodatkowania bezpośredniego, w tym przypadku podatkiem dochodowym od osób prawnych. Korzystanie ze swobody przedsiębiorczości aby zminimalizować obciążenia podatkowe, co do zasady nie stanowi nadużycia prawa podatkowego. Element nadużycia pojawia się, gdy nowo utworzona spółka jest sztucznym tworem, który nie służy korzystaniu ze swobody przedsiębiorczości.

Czysto sztuczna struktura występuje wtedy, gdy spełniony jest zarówno element subiektywny (dążenie do uzyskania korzyści podatkowej), jak i obiektywny (nieosiągnięcie celu swobody przedsiębiorczości pomimo przestrzegania warunków). Do uzyskania ochrony konieczne jest obiektywne prowadzenie rzeczywistej działalności gospodarczej. Prawo nie może być zbyt kazuistyczne w odniesieniu do prowadzenia działalności gospodarczej, z uwagi na niemożność przewidzenia wszelkich możliwych scenariuszy gospodarczych. Zasadne wydaje się ocenianie każdej sprawy *in concreto*, oczywiście z uwzględnieniem ogólnych standardów obowiązujących we wszystkich sprawach w jednakowym zakresie.

A. Zalasinski wskazuje na istotny charakter orzeczenia w kontekście funkcjonowania w Polsce specjalnych stref ekonomicznych<sup>18</sup>. Otóż prowadzenie rzeczywistej działalności gospodarczej niweluje ryzyko interpretacji zachowań spółki jako agresywnego planowania podatkowego. Prowadzi to do zapewnienia pewności i bezpieczeństwa.

---

<sup>17</sup> Wyrok z 12 września 2006 r., C-196/04, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue*.

<sup>18</sup> A. Zalasinski w: W. Nykiel, A. Zalasinski (red.), *Orzecznictwo (...)*, Warszawa 2014, s. 401.

W sprawie *Halifax*<sup>19</sup> TSUE wypowiedział się co do nadużycia prawa podatkowego w podatku od wartości dodanej. Trybunał stwierdził, iż do zaistnienia nadużycia podatkowego konieczne jest łączne spełnienie dwóch warunków: naruszenie przez transakcje formalnych przesłanek zawartych w Szóstej Dyrektywie oraz przepisach krajowych i prowadzenie do skutku, jakim jest uzyskanie korzyści podatkowej, której przyznanie byłoby sprzeczne z celem przepisów. Dodatkowo, na płaszczyźnie obiektywnej konieczne jest stwierdzenie, że zasadniczym celem transakcji jest uzyskanie korzyści podatkowej. W piśmiennictwie jest to nazywane testem *Halifax*. Nadużycie prawa wspólnotowego zachodzi, gdy przepisy są nadużywane, aby uzyskać dzięki nim korzyść sprzeczną z celami tych przepisów. Wskazuje się, że zasada ta jest sformułowana na tyle szeroko, że konieczne jest wypracowanie dodatkowej doktryny lub testu by można dokonać klasyfikacji zachowania jako potencjalnego nadużycia<sup>20</sup>.

Nadużycie prawa podatkowego w wyrokach w sprawie *Cadbury* i *Halifax* określone jest w sposób ogólny. Poprzez taką interpretację, zastosowane kryteria można w zasadzie w sposób nieograniczony odnosić także do innych, niejasnych przypadków. Test *Halifax* stwarza możliwość oceny planowania podatkowego jeszcze na etapie przygotowań. Wraz ze stabilną linią orzecniczą zaprezentowaną w obu wyrokach wpływa to korzystnie na pewność prowadzenia działalności gospodarczej.

Istnienie znacznych różnic w wysokości opodatkowania, zaprezentowane na przykładzie podatku dochodowego od osób prawnych, może być jednym z czynników skłaniających do zmiany siedziby wewnątrz UE. W sprawie *Daily Mail*<sup>21</sup> TSUE wypowiedział się w sprawie możliwości przeniesienia siedziby spółki pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Jest to niewątpliwie bardzo istotne zagadnienie w omawianej tematyce. Trybunał dokonał wykładni swobody przedsiębiorczości, stwierdzając, iż prawo do opuszczenia terytorium państwa członkowskiego celem realizacji swobody przedsiębiorczości dotyczy osób fizycznych. Spółki mogą prowadzić działalność poprzez: oddziały,

---

<sup>19</sup> Wyrok z 21 lutego 2006 r., C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, Country Wide Property Investments Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*.

<sup>20</sup> A. Bącal, A. Zalaśiński w: W. Nykiel, A. Zalaśiński (red.), *Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach podatkowych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1252-1254.

<sup>21</sup> Wyrok z 27 września 1988 r., C-81/87, *The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*.

agencje lub spółki zależne. Trybunał określił spółki mianem tworców prawa wewnętrznego. Z uwagi na różnice w sposobie ustalenia czynników łączących spółkę z danym państwem, nie ma możliwości przeniesienia siedziby do innego państwa członkowskiego. Trybunał zajął stanowisko, że państwo może uniemożliwić spółce zmianę siedziby. Przywołana linia orzecznicza dominowała jeszcze w pierwszej dekadzie XXI wieku, aż do przełomowego wyroku w sprawie *Cartesio*<sup>22</sup>, jak jest jednak wskazywane, ulegała ona już wcześniej stopniowej liberalizacji (szczególnie w wyrokach: *Centros*, *Überseering*, a także *Inspire Act* i *Sevic*<sup>23</sup>).

A. Opalski uważa wyrok w sprawie *Cartesio* za „najważniejszy judykat od czasu wydania przełomowego wyroku *Überseering*”<sup>24</sup>. Trybunał ponownie pochylił się tu nad swobodą przedsiębiorczości w zakresie przeniesienia rzeczywistej siedziby spółki (w tym przypadku z Węgier do Włoch). *Cartesio* zamierzało zmienić faktyczną siedzibę swoich interesów wciąż jednak pozostając spółką prawa węgierskiego. Wobec decyzji sądów węgierskich, nakazujących rozwiązanie spółki i ponowne jej utworzenie we Włoszech, sprawa trafiła przed Trybunał, który uznał, że ograniczenie swobody przedsiębiorczości na tej płaszczyźnie jest zakazane, chyba że byłoby to uzasadnione przez nadrzędne względy interesu ogólnego. Na kanwie wyroku *Cartesio* pełna zależność spółek od prawa krajowego nie jest możliwa do zaakceptowania. Przeniesienie siedziby spółki w ramach struktur unijnych było przedmiotem prac w ramach Czternastej Dyrektywy, która nie wyszła poza fazę projektu. Zdaniem A. Opalskiego należy negatywnie ocenić wstrzymanie prac nad Czternastą Dyrektywą o prawie spółek dotyczącą transgranicznego przeniesienia siedziby spółki. Wyroki Trybunału nie są wystarczające w tej materii, ponieważ nie formułują norm pozytywnych, określając jedynie zakazy<sup>25</sup>.

Pomiędzy wyrokiem w sprawie *Daily Mail* a *Cartesio* upłynęło 20 lat, złagodzenie linii orzeczniczej TSUE wydaje się być, z perspektywy czasu, naturalnym następstwem stopniowej integracji na płaszczyźnie gospodarczej. Przenoszenie siedziby, zwłaszcza wobec rze-

---

<sup>22</sup> Wyrok z 16 grudnia 2008 r., C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*.

<sup>23</sup> O wymienionych wyrokach szerzej m.in. A. Opalski, *Europejskie prawo spółek. Zasady prawa europejskiego i ich wpływ na polskie prawo spółek*, Warszawa 2010 s. 114 – 125.

<sup>24</sup> A. Opalski, *Europejskie prawo spółek. Zasady prawa europejskiego i ich wpływ na polskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 126.

<sup>25</sup> A. Opalski, *Swoboda osiedlania się spółek w świetle wyroku w sprawie Cartesio*, PiP 2009, nr 8, s. 59 – 71.

czywistej zmiany miejsca prowadzenia działalności, niewątpliwie powinno być możliwe. Powoduje to jednak szereg dodatkowych problemów, jak chociażby zamiar funkcjonowania w „państwie przyjmującym” na podstawie regulacji prawnych państwa, w którym spółka była tworzona, tak jak miało to miejsce w wyroku *Cartesio*. Zrozumiałe jest, że z perspektywy przedsiębiorstw ponowne tworzenie bytów prawnych w innym państwie członkowskim, pod tą samą nazwą, może doprowadzić do szeregu komplikacji, jak chociażby przerwa w prowadzeniu działalności czy też osłabienie ugruntowanej pozycji na rynku. Jednak wobec stopniowego zbliżania ustawodawstw, multiplikacja systemów prawnych w państwach członkowskich będzie zaprzeczeniem integracji europejskiej na płaszczyźnie prawnej. W omawianej materii należy zachować rozsądne proporcje, wyważając interesy państw, jak i przedsiębiorstw.

#### **4. Dyrektywa Rady o unikaniu opodatkowania**

W dniu 17 czerwca 2016 roku przyjęta została tzw. dyrektywa o unikaniu opodatkowania<sup>26</sup>. Zatwierdzone zostały także: dyrektywa w sprawie wymiany informacji podatkowych o przedsiębiorstwach wielonarodowych oraz konkluzje w sprawie przejrzystości podatkowej. Akty te, wraz z dyrektywą o unikaniu opodatkowania, stanowią tzw. pakiet przeciw unikaniu opodatkowania.

Z treści preambuły dyrektywy wprost wynika konieczność uchwalenia przepisów mających „wzmocnić poziom ochrony przed agresywnym planowaniem podatkowym na rynku wewnętrznym”, co można potraktować jako wyraz sprzeciwu państw członkowskich wobec niektórych praktyk stosowanych przez spółki.

Dyrektywa ma swoje podstawy w Raporcie OECD w sprawie erozji podstawy opodatkowania i transferu zysków (*BEPS – Base Erosion Profit Shifting*)<sup>27</sup>, poszerzając jednak zakres instrumentów stworzonych w celu przeciwdziałania unikaniu opodatkowania. Uregulowanie omawianej materii w formie dyrektywy ma przeciwdziałać rozbieżnemu, merytorycznie, jak i czasowo, wdrażaniu postanowień BEPS do porządków prawnych.

---

<sup>26</sup> Dyrektywa Rady ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

<sup>27</sup> [www.oecd.org/ctp/beps/](http://www.oecd.org/ctp/beps/) (dostęp 22.07.2016 r.).

Regulacji poddane zostały: ograniczenie możliwości odliczania odsetek, opodatkowanie niezrealizowanych zysków kapitałowych, klauzula ogólna przeciwdziałająca nadużyciom, opodatkowanie zagranicznych spółek kontrolowanych oraz zapobieganie wykorzystaniu instrumentów hybrydowych. Szczególnie interesująca wydaje się klauzula ogólna przeciwdziałająca nadużyciom, której głównym zadaniem jest uzupełnianie krajowego porządku prawnego. Klauzula ma zastosowanie do jednostkowych lub seryjnych nierzeczywistych przedsięwzięć, co ma miejsce, gdy „nie jest ono wprowadzane z uzasadnionych powodów handlowych, które odzwierciedlają rzeczywistość gospodarczą”.

„Uzasadnione powody handlowe” oraz „rzeczywistość gospodarcza” są typowymi pojęciami nieostrymi, dającymi znaczny zakres swobody, co do ich interpretacji. Nadmierna kazuistyka dyrektywy, a tym bardziej implementujących ją przepisów krajowych, wydaje się zupełnym nieporozumieniem z uwagi na wielowymiarowość i wieloaspektowość współczesnych stosunków gospodarczych. Z jednej strony zapewnia to względną elastyczność, a z drugiej niedookreśloność dyrektywy może prowadzić do profiskalnej wykładni przepisów. Taki sposób interpretacji przepisów nie sprzyja stabilności orzeczniczej i może stawiać przedsiębiorców w sytuacji niepewności co do kwalifikacji ich działań. Kolejnym problemem może być niedostosowanie sztywnych regulacji do wielu rodzajów prowadzonej działalności, na co powszechnie wskazuje się począwszy od etapu tworzenia Dyrektywy. Duże znaczenie mieć będzie sposób, w jaki państwa członkowskie implementują dyrektywę. Okres na transpozycję Dyrektywy do krajowych porządków prawnych upłynie 31 grudnia 2018 roku, a co do opodatkowania niezrealizowanych zysków, państwa mają wyznaczony termin do 31 grudnia 2019 r.

Od 15 lipca 2016 roku do Ordynacji podatkowej została wprowadzona klauzula obejścia prawa podatkowego (tzw. GAAR – General Anti-Avoidance Rule), zagadnieniu temu poświęcono Dział IIIa zatytułowany „Przeciwdziałanie unikaniu opodatkowania”. W myśl art. 119a unikanie opodatkowania to czynność „dokonana przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej, nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli sposób działania był sztuczny”. Zarówno krajowe jak i unijne przepisy zbieżnie definiują działania mające na celu unikanie opodatkowania. Czynnością, w myśl Ordynacji podatkowej, jest zarówno jednostkowe działanie jak i „zespół powiązanych ze sobą czynności, dokonanych przez te same bądź różne podmioty”. Z kolei sztuczny sposób działania zachodzi,

gdy „na podstawie istniejących okoliczności należy przyjąć, że nie zostałby zastosowany przez podmiot działający rozsądnie i kierujący się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej”<sup>28</sup>.

Ordynacja podatkowa stoi więc na gruncie możliwie szerokiego interpretowania unika-  
nia opodatkowania, celem możliwie jak największego uszczelnienia systemu podatkowego,  
podobnie jak prawo unijne, posługując się nieostrymi i ocennymi pojęciami.

## **5. Podsumowanie**

Podsumowując, należy stwierdzić, iż harmonizacja wspólnotowego prawa w zakresie opodatkowania przedsiębiorstw jest naturalnym elementem stopniowego zbliżania się systemów podatkowych państw członkowskich UE. Jednak próby ujednolicenia prawa podatkowego są znacznie utrudnione z uwagi na niechęć państw do przekazywania kolejnej części swojego władztwa państwowego na rzecz organów ponadnarodowych z uwagi na obawę przed utratą możliwości kształtowania podatków, które stanowią niezwykle istotny element budżetu. Dodatkowym czynnikiem, o podłożu bardziej „psychologicznym”, jest ryzyko utraty części suwerenności.

Jakiegokolwiek długookresowe strategie prowadzące do zbliżania systemów podatkowych państw członkowskich UE wydają się być jedynie sugestiami o nieszczególnie wiążącym charakterze i powinny być oceniane z dużą dozą ostrożności. Z uwagi na znaczną, szczególnie w ostatnim czasie, dynamikę wydarzeń politycznych, gospodarczych i społecznych w Unii Europejskiej, nie wydaje się możliwe przewidzenie w jakim kierunku podążać będzie Wspólnota i jak dalece jest jeszcze możliwa integracja zanim spotka się ona ze stanowczym sprzeciwem. Od dawna w wielu kontekstach sytuacyjnych powszechnie przywołuje się termin „Europa dwóch prędkości” i pojęcie to niezwykle łatwo można odnieść do płaszczyzny podatkowej. Oczywiście jest, iż kraje wysoko rozwinięte (szczególnie można odnieść to do krajów UE-15) co do zasady bardziej obciążają podatkowo podmioty, w przypadku Niemiec i Francji jako jeden z kluczowych tego powodów wskazuje się bardzo wysokie koszty prowadzenia polityki socjalnej.

---

<sup>28</sup> Art. 119c § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa (Dz.U 1997 Nr 137 poz. 926).



Inicjatywą zasługującą na zwrócenie uwagi jest z pewnością Kodeks postępowania w sprawach opodatkowania przedsiębiorstw (*Code of conduct for business taxation*), który sprowadza się do określenia wytycznych uznanych przez UE za konieczne do ograniczenia szkodliwej konkurencji podatkowej. Jednak wytyczne nie są narzędziem zapewniającym odpowiedni poziom oddziaływania na państwa członkowskie, który jest zależny od postrzegania instytucji wydającej wytyczne oraz od partykularnych interesów zainteresowanych. Nie wydaje się możliwe uchwalenie dokumentu z zakresu *hard law* UE stanowiącego rodzaj Unijnego kodeksu podatkowego, gdyż jest to zbyt istotny element suwerenności dla państw członkowskich, aby przekazywać ją organom unijnym. Dodatkowo w czasie prac nad ewentualnym aktem ścierałyby się interesy wielu środowisk, zapewne często niemożliwe do pogodzenia.

Spośród działań o krótkoterminowym charakterze najbardziej naturalna jest dalsza harmonizacja prawa celem zbliżania regulacji podatkowych, bez nadmiernej ingerencji w ustalanie wysokości ostatecznych obciążeń podatkowych.

\* \* \*

#### **Tax avoidance by companies in the European Union with reference to the Anti-Tax Avoidance Directive.**

**Summary:** This paper discusses tax avoidance in European Union, with reference to the Anti-Tax Avoidance Directive. Firstly the author presents the basic issues of tax law in the European Union with a more exact examination of corporate income tax, which is deeply important in relation to the subject of this paper. The next part focuses on the European freedoms and case-law of the European Court of Justice in tax avoidance. The fourth part is dedicated to a new legal instrument in European tax law - the Council Directive about tax avoidance. The conclusions section reviews the actions of the European Union taken against tax avoidance and gives possible techniques to reduce tax avoidance.

**Key words:** Criminal procedure, amendments, reforms, Code of Criminal Procedure, *vacatio legis*.

**Mateusz Grześków\***

## **O możliwości implementacji doktryny „piercing the corporate veil” do polskiego prawa spółek i kryteriach jej stosowania.**

### **Streszczenie**

Artykuł omawia kwestię możliwości wprowadzenia do polskiego prawa spółek doktryny „*piercing the corporate veil*” umożliwiającej pociągnięcie wspólnika spółki kapitałowej do odpowiedzialności za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli. Punktem wyjścia są rozważania o charakterze osobowości prawnej oraz relacji pomiędzy wspólnikiem, a spółką w stosunku do osób trzecich. Następnie prezentowane są rozwiązania oraz koncepcje leżące u podstaw doktryny wywodzące się z prawa amerykańskiego i niemieckiego. Artykuł zawiera przegląd różnych propozycji wysuniętych już przez polską doktrynę w zakresie potencjalnego kształtu doktryny w prawie polskim. Powyższe elementy służą zbudowaniu kryteriów, których spełnienie mogłoby uzasadniać przełamanie odrębności majątkowej między spółką, a jej wspólnikami.

**Słowa kluczowe:** Piercing the corporate veil, prawo spółek, spółki kapitałowe.

---

\* Autor jest absolwentem prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim oraz obecnie doktorantem w Katedrze Prawa Gospodarczego Prywatnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

## 1. Wprowadzenie

Problematyka związana z pojęciem „*piercing the corporate veil*”<sup>1</sup> wyłoniła się na gruncie prawa w związku z występującymi czasem nadużyciami ze strony podmiotów gospodarczych będącymi osobami prawnymi, wskutek których wierzyciele spółki ponosili straty ze względu na niemożność zaspokojenia swych roszczeń z majątku spółki. Rzecz ta jest konsekwencją przyjęcia rozdzielnosci majątkowej między spółką kapitałową, a jej wspólnikami<sup>2</sup> oraz braku ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli. Jednym z kluczowych założeń doktryny jest stwierdzenie, iż w części tych wypadków, tak naprawdę niezgodne z prawem działania zostały podjęte nie przez spółkę, a przez jej wspólników. Realnie patrząc na dany przypadek, to właśnie ich należałoby pociągnąć do odpowiedzialności, tak jakby to właśnie wspólnik, a nie spółka, był osobą odpowiedzialną<sup>3</sup>, bowiem teza, iż spółka funkcjonować może bez udziału czynnika ludzkiego jest nie do obrony.<sup>4</sup> Wydaje się jednak, iż prawo stoi temu na przeszkodzie.

Problemy tego typu rozwiązywać ma doktryna zwana „*piercing the corporate veil*”, funkcjonująca w świecie anglosaskim także pod nazwą „*disregarding the legal entity*”, a na gruncie prawa niemieckiego - „*Durchgriff*”. W polskiej doktrynie przyjęła się nazwa „przekłuwanie welonu korporacyjnego” czy „przebicie korporacyjnej zasłony”<sup>5</sup>, choć, co trzeba zaznaczyć, nie jest ona w ogóle uregulowana w polskim prawie, a ze względu na swój charakter budzi liczne kontrowersje. Immanentnie rodzi to pytania o określenie granicy między osobami fizycznymi, a prawnymi oraz o to czy w ogóle zasadne jest podważanie charakteru osób prawnych.

---

<sup>1</sup> W skrócie określana też w niniejszym artykule jako: „doktryna PCV”.

<sup>2</sup> W niniejszym artykule, pojęcie „wspólnicy” jest używane jako zbiorczy termin dla wspólników spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i akcjonariuszy spółek akcyjnych, chyba że powstaje konieczność odwołania się do norm ściślej związanych ze wspólnikiem sp. z o.o. albo akcjonariuszem S.A. na gruncie prawa polskiego. Z analogicznych powodów termin „udziały w spółce” stosowany jest także w odniesieniu do „akcji w spółce”.

<sup>3</sup> Zob. S. M. Bainbridge, *Abolishing LLC Veil Piercing*, University of Illinois Law Review, Issue 1, 2005 p. 79-80.; F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, The University of Chicago Law Review, Volume 52, 1985, p. 89-90.

<sup>4</sup> Zob. Z. Świdorski, [w:] P. Księżak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, LEX/el: 8935, 2014, art. 33 pkt 13.

<sup>5</sup> Zob. A. Opalski, *Problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych*, PPH 8/2012, s. 10.

Ze względu na szeroki zakres problematyki doktryny, artykuł ten kładzie nacisk na istotę samej instytucji, przede wszystkim w relacji wspólnik (osoba fizyczna) - spółka, marginalizując zasadniczo problematykę grup spółek.<sup>6</sup>

W pierwszej kolejności prezentowane są zagadnienia o charakterze teoretycznym, przybliżające istotę doktryny PCV oraz zagadnienia prawa polskiego, z którymi się ona nierozzerwalnie wiąże. Następnie dokonano zobrazowania jej funkcjonowania w Stanach Zjednoczonych Ameryki oraz Niemiec, jako państw z wieloletnią praktyką w tej kwestii. Finalnie ma miejsce przegląd rozwiązań wysuniętych przez polską doktrynę, która podjęła się prób implementacji doktryny PCV do polskiego porządku prawnego, oraz przykładowych odniesień z orzecznictwa. W oparciu o to skonstruowane zostały kryteria, w jakich zastosowanie doktryny mogłoby być uzasadnione.

Celem powyższego ma być próba odpowiedzi na pytanie czy, a jeśli tak, to na jakich zasadach, "*piercing the corporate veil*" mogłaby funkcjonować na gruncie polskiego prawa spółek.

## **2. Uwagi wstępne**

### 2.1. Istota osobowości prawnej oraz ograniczonej odpowiedzialności wspólników

Punktem wyjścia problematyki tytułowej doktryny są rozważania nad naturą osoby prawnej. Wielowiekowe rozważania nad tą kwestią doprowadziły do wykrystalizowania się w XIX wieku dwóch głównych nurtów: teorii fikcji<sup>7</sup> oraz teorii realistycznych osób prawnych<sup>8</sup>.

Teoria fikcji zakłada, iż tylko człowiek może być przedmiotem praw oraz obowiązków, w związku z czym przyznanie tychże uprawnień jednostkom organizacyjnym przez ustawodawcę ma w gruncie rzeczy charakter umowny, statuujący pewną fikcję prawną (aż do całkowitego zanegowania istnienia osób prawnych), a nadanie osobowości prawnej dokonywane jest w określonym celu, który wyznacza też granice jej dopuszczalnego funkcyjowania

---

<sup>6</sup> Oczywiście, w pewnym wąskim zakresie problematyka zastosowania doktryny PCV w prawie koncernowym jest tutaj poruszana, a wiele uwag tu poczynionych ma charakter uniwersalny, nie mniej jednak ograniczenia formalne uniemożliwiają dogłębne zbadanie także i tego dość rozbudowanego aspektu.

<sup>7</sup> Za głównego przedstawiciela uważa się Friedricha Carla von Savigny.

<sup>8</sup> Głównym przedstawicielem jest Alois von Brinz.

nia. Teoria realistycznych osób prawnych zakłada natomiast, iż osoby prawne są tworam *de facto* istniejącymi. O owej realności przesądzać ma substrat osoby prawnej, który może przybierać formę osobową (zatem o istnieniu przesądza się zależność pomiędzy ludźmi tworzącymi daną jednostkę) lub rzeczową (co sprowadza się do majątku, czy zbioru praw danej jednostki). Problemem jednak obydwu wspomnianych nurtów jest to, że żaden z nich nie potrafi przedstawić jasnej i przekonującej koncepcji osoby prawnej, przy czym zwykle teoria fikcji bywa częściej aprobowana, szczególnie w systemach anglosaskich, gdyż towarzyszy jej stwierdzenie, iż osoby prawne powoływane są do istnienia w określonym celu i określonych ramach.<sup>9</sup>

W obecnych czasach powszechnie uznaje się, iż wspólnicy za zobowiązania spółek kapitałowych nie odpowiadają, co zdaje się być konsekwencją uznania, iż osoba prawna jest bytem odrębnym od swych wspólników. Niezależnie od dywagacji teoretycznych dotyczących tego, czym osoba prawna w istocie jest, zauważyć należy, iż główne powody odseparowania majątku spółki od majątku wspólników leżą zasadniczo w przesłankach ekonomicznych. Wskazać należy, iż w literaturze spotkać się można z dwoma, przemiennie używanymi terminami opisującymi powyższą kwestię: ograniczoną odpowiedzialnością wspólników oraz brakiem odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki. Choć sens jest niemal ten sam, to w ujęciu prawa literalnie znajduje zastosowanie to drugie sformułowanie<sup>10</sup>, a z perspektywy ekonomicznej to pierwsze. Różnica sprowadza się do inwestorskiego charakteru udziału wspólnika w spółce, bowiem nie odpowiada on całym swoim majątkiem, a wyłącznie ryzykuje utratę kwoty zainwestowanej.<sup>11</sup> Rzecz ta przesądza o atrakcyjności spółek jako potencjalnej lokaty kapitału. Gdyby przyjmowano odwrotne stanowisko, tj. iż każdy wspólnik, niezależnie od kapitału zainwestowanego w spółkę i posiadanych w niej udziałów, odpowiadałby całym swoim majątkiem, czyniłoby to spółki kapitałowe wysoko ryzykownym przedsięwzięciem dla osób z zewnątrz, szczególnie tych, które dysponują dużym majątkiem osobistym i które nie byłyby zainteresowane prowadzeniem jej spraw. Powyższe rozwiązanie, po pierwsze, przerzuca ciężar funkcjonowania podmiotów gospodarczych nie na inwestorów, a na menadżerów, umożliwiając tym pierwszym zajęcie

---

<sup>9</sup> Zob. Z. Świdorski, op. cit., art. 33 pkt 4-7; T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, LEX/el: 42982, 2004, cz. I, rozdział I, podrozdział 2.

<sup>10</sup> Por. podrozdział 2.3. niniejszego artykułu.

<sup>11</sup> Zob. F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, op.cit., p. 90.

pasywnej pozycji w spółce. Po drugie, w istocie zmniejsza to ryzyko inwestycyjne, bowiem wspólnicy mogą zdywersyfikować swój portfel inwestycyjny, nie musząc wiązać się trwale z jedną, określoną spółką, co byłoby rozwiązaniem bardziej rozsądnym w przypadku nieograniczonej odpowiedzialności. Po trzecie, ułatwia to obrót akcjami, z naciskiem na obrót giełdowy, umożliwiając z jednej strony wspólnikom pozbycie się niepożądanych w danym momencie przez nich akcji, które wolne są od zobowiązań wobec osób trzecich, a z drugiej strony upraszczając i ułatwiając proces nabycia akcji. Z tego faktu wynika także łatwość pozyskiwania przez spółkę kapitału na inwestycje, gdyż nie wymagane jest osobiste zaangażowanie inwestorów w sprawy spółki. Jednakże prowadzi to do przerzucenia ciężaru ryzyka z linii wspólnicy-spółka na linię spółka-wierzyciele, którzy to właśnie podejmując transakcje ze spółką, muszą liczyć się z faktem, iż odpowiada ona w granicach tylko własnego majątku, który niekoniecznie musi wystarczać na pokrycie wszystkich żądań.<sup>12</sup> Na powyższych przesłankach zasadniczo opiera się obecny model funkcjonowania spółek kapitałowych. Zniesienie zasady braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki uczyniłoby inwestycję w te podmioty wysoce ryzykowną oraz zdecydowanie mogłoby doprowadzić do zatarcia różnic między spółkami osobowymi a kapitałowymi. W tym właśnie leży istota problematyki doktryny PCV, przełamując bowiem ten podział, wprowadza ona niepewność w obrocie gospodarczym, ale z drugiej strony, staje się narzędziem dającym wierzycielom możliwość odzyskania swych wierzytelności, jeśli te przekraczają majątek spółki.

## 2.2. Osobowość prawna w polskim prawie

Podstawową regulacją dotyczącą osób prawnych w prawie polskim jest art. 1 k.c.<sup>13</sup> stwierdzający, iż podmiotami stosunków cywilnych są osoby fizyczne oraz osoby prawne. Powyższą regulację wskazane jest zatem odczytywać wspólnie z przepisami art. 33 k.c., posługując się pojęciem jednostki organizacyjnej. Osobami prawnymi są jednostki organizacyjne, którym ustawa przyznaje osobowość prawną.

Doktryna wskazuje, iż polski kodeks cywilny stoi na gruncie teorii normatywnej osób prawnych, tj. miano to przysługuje podmiotom, którym ustawa przyznaje osobowość praw-

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 93-101.

<sup>13</sup> Dz.U. 1964 Nr 19 poz. 93 z późn. zm. - Kodeks cywilny, zwany dalej "k.c.".



ną, a nie dla przykładu podmiotom, które spełniają określone w przepisach prawa wymogi i tym samym miałyby być kwalifikowane jako osoby prawne. Do wyłącznej kompetencji ustawodawcy należy w tej sytuacji określanie kręgu i rodzaju osób prawnych, a tym samym ich kształtu i szczegółowych zasad funkcjonowania.<sup>14</sup> Dalsze ich skonkretyzowanie, w granicach określonych ustawowo, następuje już w drodze stosownych umów powołujących dane podmioty do funkcjonowania albo ich statutów.

Doktryna wskazuje zatem na następujące elementy definiujące osobę prawną: posiadanie zdolności prawnej, działanie poprzez ustanowione organy, zindywidualizowanie przez nazwę, co ma jednostkę wyodrębniać spośród innych, posiadanie siedziby oraz brak odpowiedzialności za zobowiązania jednostki organizacyjnej osób, które w jej skład wchodzi.<sup>15</sup>

### 2.3. Spółki kapitałowe

Kodeks spółek handlowych<sup>16</sup> wyróżnia następujące spółki kapitałowe: spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 151 - 300 k.s.h.) oraz spółka akcyjna (art. 301 - 490 k.s.h.), które uzyskują osobowość prawną z chwilą wpisu do rejestru (art. 12 k.s.h.).

W tym miejscu warto by jeszcze przytoczyć elementy definiujące spółkę kapitałową, w doktrynie wskazuje się na następujące elementy: osobowość prawną, ograniczona odpowiedzialność wspólników, zbywalność udziałów w spółce, scentralizowany, profesjonalny menadżerski zarząd spółką oraz inwestorska pozycja wspólników.<sup>17</sup> Zarówno element pierwszy, jak i drugi, zostały już omówione w ramach podrozdziałów 2.1. i 2.2. Reszta zasadniczo pozostaje irrelevantna względem tytułowej doktryny.

Analizy wymaga w tym momencie uregulowanie braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki wobec osób trzecich w k.s.h., co wynika wprost z regulacji art. 151

---

<sup>14</sup> Zob. Z. Świdorski, op.cit., art. 33 pkt 15-17.

<sup>15</sup> Zob. Z. Świdorski, op.cit., art. 33 pkt 10; S. Dmowski, R. Trzaskowski [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, LEX/el: 9060, 2013, art. 33 pkt 4.

<sup>16</sup> Dz. U. 2000 Nr 94 poz. 1037 z późn. zm. - Kodeks spółek handlowych, zwany dalej "k.s.h.".

<sup>17</sup> Zob. A. Radwan, *Gra o tron, czyli o filozofii sporu wokół kapitału zakładowego*, Rzeczpospolita, 31 października 2013; J. Armour, H. Hansmann, R. Kraakman, *The Essential Elements of Corporate Law*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 20/2009; Yale Law, Economics & Public Policy Research Paper No. 387; Harvard Law and Economics Research Paper No. 643; Harvard Public Law Working Paper No. 09-39; ECGI - Law Working Paper No. 134/2009, p. 7.

§ 4 k.s.h. oraz art. 301 § 5 k.s.h.. Są to przepisy zawierające normy *ius cogens*<sup>18</sup>, których bezwzględne stosowanie wiąże się z koniecznością przyjęcia inwestorskiego stosunku wspólników względem spółki, co przekłada się na fakt, iż z ekonomicznego punktu widzenia, odpowiedzialność wspólników w istocie zawęża się do wniesionego przez nich wkładu na pokrycie udziału albo akcji, czy też inaczej ujmując, ponoszą oni ryzyko gospodarcze w owych granicach.<sup>19</sup>

Pozorny wyłom od powyższej regulacji czyni sytuacja, w której do odpowiedzialności za zobowiązania spółki wobec osób trzecich pociągnięty zostaje wspólnik będący członkiem zarządu. Pozorność wynika z zastosowania w tym wypadku innej podstawy roszczenia, tj. art. 299 § 1 k.s.h. w przypadku sp. z o.o.<sup>20</sup>. Odpowiedzialność wynika wtedy z samego faktu bycia członkiem zarządu. Przepis ten, ze względu na swój subsydiarny charakter dopuszczający do pociągnięcia do solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania spółki [w razie bezskutecznej egzekucji] członków zarządu, którzy odpowiadają całym swoim majątkiem osobistym, został w doktrynie określony jako "swoisty substytut przekłucia welonu korporacyjnego". Odnotować należy brak analogicznej regulacji w stosunku do spółki akcyjnej.<sup>21</sup>

### **3. Uregulowanie w wybranych państwach**

#### **3.1. Stany Zjednoczone Ameryki**

Spośród krajów systemu *common law*, Stany Zjednoczone Ameryki są państwem posiadającym znaczny i tworzony od dziesiątek lat dorobek odnośnie doktryny "*piercing the corporate veil*". Z tego też powodu wydaje się wskazane w pierwszej kolejności przedstawić sposób uregulowania powyższej kwestii w USA. Poczynić w tym miejscu należy jeszcze uwagę, iż z racji faktu, że w USA prawo w tym zakresie regulowane jest

---

<sup>18</sup> Zob. A. Opalski, op.cit., s. 11.

<sup>19</sup> Zob. W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa, 2014, s. 541 i 1020. Zob. szerzej w: podrozdział 2.1. niniejszego artykułu.

<sup>20</sup> Zob. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1-300 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych* (Dz.U.00.94.1037)., LEX/el: 10152, 2015, art. 151 pkt 7 i tam podane orzecznictwo: SN z 14 grudnia 2003 r. (sygn. IV CKN 1779/00, SN z 6 czerwca 1997 r. (sygn. III CKN 65/97, wyrok SN z 7 kwietnia 2000 r. (sygn. IV CKN 4/00, uchwała SN z 20 grudnia 2001 r. (sygn. III CZP 69/01) oraz art. 299.

<sup>21</sup> Zob. W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, op.cit., s. 564-575.

nie na poziomie federalnym, tylko w ramach poszczególnych stanów, omówienie ograniczy się do wskazania esencji amerykańskiego podejścia do przekłuwania welonu korporacyjnego, bez szczegółowej analizy zagadnienia.

Doktryna PCV jest w całości wytworem amerykańskiego orzecznictwa i co wymaga podkreślenia, nie jest ona przewidziana przez prawo ustawowe, aczkolwiek zdarzają się wyjątki, zwykle bardzo lakoniczne.<sup>22</sup> U podłoża leży przyjęcie teorii fikcji osób prawnych.

W tym miejscu poczynić należy uwagę, iż początkowo w amerykańskim prawie spółek nie przewidywano braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, a instytucję tę zaczęto wprowadzać stopniowo od połowy XIX wieku<sup>23</sup>. Dyskusja nad problematyką rozdzielenia osoby fizycznej od prawnej toczy się ponad wiek i jak dotąd, nie udało się wypracować jednej spójnej koncepcji. W literaturze znaleźć można poglądy, iż sama doktryna PCV jest zwyczajnie próbą stworzenia alternatywnego środka mającego służyć do odzyskania należności od spółki, gdy wskutek rozmaitych okoliczności (m.in. upadłości) nie da się tego uczynić za pomocą innych metod. Wybór akcjonariuszy w tym wypadku jest dość oczywisty - "schronienie się" za zasłoną korporacyjną daje pewne uczucie bezpieczeństwa i zwiększa skłonność do ryzyka, co przekłada się na to, iż nierzadko akcjonariusze posiadają znaczny majątek. Można tu wręcz postawić zarzut, iż w istocie rola doktryny PCV sprowadza się do znalezienia kozła ofiarnego w miejsce spółki.<sup>24</sup>

O ile system spółek w prawie amerykańskim przez lata ewoluował, wykształcając szereg nowych konstrukcji prawnych, często dość odmiennych od wariantów kontynentalnych, zauważyć należy, iż w obrębie zainteresowania doktryny leżą obecnie przede wszystkim trzy następujące typy spółek: *Limited Liability Company*<sup>25</sup>, *Private Corporation*<sup>26</sup> oraz *Pu-*

---

<sup>22</sup> Zasadniczo dotyczy to stanu Texas, gdzie ustawodawca dopuścił przełamanie welonu korporacyjnego w przypadku popełnienia oszustwa przez wspólnika, który posłużył się w tym celu spółką. Można to uznać najwyżej za namiastkę regulacji, gdyż dotyczy ona tylko jednej z wielu przesłanek zastosowania doktryny. Por. 2005 Texas Code, Business Corporation Act, art. 2.21.A.2.

<sup>23</sup> Zob. R. B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, Cornell Law Review, Vol. 76, Issue 5, 1991, p. 1039.

<sup>24</sup> Zob. J. R. Macey, J. Mitts, *Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil*, Cornell Law Review, February 2014, p. 101.

<sup>25</sup> Spółka ta zbliżona jest do polskiej sp. z o.o., ale podkreślenia wymaga fakt, iż jest tworem po wielokroć bardziej elastycznym i uproszczonym.

<sup>26</sup> Także występuje pod nazwą *closely-held corporation*. Odpowiednik niepublicznej S.A.

*blic Corporation*<sup>27</sup>, ze względu na posiadanie przez nie osobowości prawnej, oraz grupy spółek. W praktyce jednak, co jest warte odnotowania, nie zdarzył się przypadek, by doktrynę zastosowano w stosunku do *public corporation*. Wynika to przede wszystkim z dwóch elementów: obrotu giełdowego akcjami i charakteru akcjonariatu. Pochodną obrotu giełdowego jest rynkowe ustalanie kursu akcji, przez co wszelkie negatywne wydarzenia związane ze spółką znajdują swoje odzwierciedlenie w stosownej reakcji ze strony rynku. Sam obrót giełdowy jest także dalece sformalizowany, poddany restrykcyjnym procedurom, choćby w sferze polityki informacyjnej, wskutek czego utrudnione jest przykładowo zatajanie niewygodnych wobec wierzycieli informacji o spółce, czy manipulowanie nimi w taki sposób, by obraz sytuacji wyglądał na korzystniejszy niż jest. Zupełnie inny jest także charakter akcjonariatu, który w przypadku *public corporation* jest rozproszony, liczny, co przekłada się na wzrost znaczenia menadżerów, a tym samym oddala (o ile wręcz nie uniemożliwia) pociągnięcie konkretnego akcjonariusza do odpowiedzialności, gdy w przypadku *private corporation* nierzadko bywa on parosobowy, a w przypadku gdy w tej formie prowadzone jest drobne przedsiębiorstwo, o wiele łatwiej o zatarcie różnicy między spółką, a wspólnikiem.<sup>28</sup>

W kwestii tłumaczenia przyczyn zastosowania doktryny funkcjonuje szereg teorii, nierzadko dość zbliżonych do siebie, warto tutaj wskazać dwie z nich, ze względu na oparcie na dość częstych i charakterystycznych dla doktryny przesłankach<sup>29</sup>: "*the instrumentality doctrine*" i "*the alter ego doctrine*".

*The instrumentality doctrine* zakłada, iż spółka zostaje wykorzystana przez swojego wspólnika w celu popełnienia czynu bezprawnego, a "schronienie się" za spółką miałyby gwarantować uniknięcie odpowiedzialności deliktowej. U podstawy tej teorii leży problematyka nadmiernej kontroli nad spółką, co należy pochytywać za sytuację, w której wspólnik zdolny jest tak dalece wpływać na czynności przez nią podejmowane, iż możliwe byłoby uznanie, że spółka jest ubezwłasnowolniona czy też niezdolna do wyrażenia własnej osobowości, co obrazuje następujące zdanie sformułowane w literaturze: "*no separate mind*,

---

<sup>27</sup> Odpowiednik publicznej S.A.

<sup>28</sup> Zob. R. B. Thompson, op.cit., p. 1039, 1047 i 1070; F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, op.cit., p. 109-110.

<sup>29</sup> Zob. T. Targosz, op.cit., cz. II, rozdział III, podrozdział 2.2.2.

*will or existence of its own*"<sup>30</sup>. Za czyn bezprawny zwykle uznaje się *fraud* (oszustwo) czy *misrepresentation* (podstęp), aczkolwiek ta kategoria może zostać *in concreto* rozszerzona na przypadki, które z zasady naganne nie są (jak np. powołanie do istnienia spółki, by ta prowadziła ryzykowne przedsięwzięcia<sup>31</sup>).<sup>32</sup>

*The alter ego doctrine* stoi na stanowisku, iż ze względu na ukształtowanie relacji między wspólnikiem a spółką, różnica pomiędzy tymi podmiotami zaciera się do tego stopnia, iż nie sposób uznać odrębności podmiotowej spółki. Spółka staje się niejako "drugim ja" wspólnika i zostaje sprowadzana do roli przedmiotu, poprzez który realizuje on swoje osobiste interesy, a tym samym po raz kolejny pojawia się tu problem nadmiernej kontroli, czyli niemożności podejmowania przez spółkę czynności zgodnych z jej wolą.<sup>33</sup>

Z obydwoma teoriami wiąże się też pojęcie *dummy* czy *sham* (atrapa, kukła; fikcja, pozor), mające opisać relację między wspólnikiem a spółką, w której spółka jest w pełni sterowana oraz pojęcie *agency*, zgodnie z którym spółka jest tworem tylko oficjalnie niezależnym od wspólników, a w rzeczywistości pełni rolę bardziej "quasi-pośrednika" wykorzystywanego w celach prywatnych.<sup>34</sup> Ciężko nie zauważyć, iż pojęcia te tak naprawdę się wzajemnie przenikają i niewiele się od siebie różnią, przez co bywają używane przemienne.<sup>35</sup>

W oparciu o powyższe łatwo wysnuć wniosek, iż teorie te z łatwością znajdują zastosowanie co podmiotów małych, o niewielkiej ilości wspólników, co też zostało już zasygnalizowane na przykładzie *private corporation*. Oczywiście nie znaczy to, iż sam fakt, że wspólnik jest zarazem menadżerem takiej spółki miałby przesądzać o zastosowaniu doktryny, podejście takie byłoby zbyt daleko idące.<sup>36</sup> W praktyce główną bolączką wszela-

---

<sup>30</sup> Cytat z: *ibidem*, cz. II, rozdział III, podrozdział 2.2.2.1.

<sup>31</sup> Problem pojawia się wtedy, gdy owa spółka ukształtowana zostaje w takim sposób, by utrudnić albo uniemożliwić wierzycielom dochodzenie roszczeń, z tytułu np. niedokapitalizowania, wskutek czego rolą takiej spółki jest nic innego jak tylko próba ucieczki od odpowiedzialności przez wspólnika.

<sup>32</sup> Zob. T. Targosz, *op.cit.*, cz. II, rozdział III, podrozdział 2.2.2.1.

<sup>33</sup> *Ibidem*, cz. II, rozdział III, podrozdział 2.2.2.2.

<sup>34</sup> Zob. D. K. Millon, *Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of Limited Liability*, *Emory Law Journal*, Vol. 56, 2007, p. 1331-1332.

<sup>35</sup> Zob. C. Altting, *Piercing the Corporate Veil in American and German Law - Liability of Individuals and Entities: A Comparative View*, *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, Vol. 2, Issue 2, 1994, p. 196.

<sup>36</sup> Zob. D. K. Millon, *op.cit.*, p. 1329.

kich teorii jest to, iż sędziowie nie przywiązują do nich z reguły większej uwagi<sup>37</sup>, a to czy znajdą one w danej sprawie zastosowanie, wynika już zwykle z całokształtu zebranego materiału, stąd konieczne staje się wskazanie innych przyczyn, które w kumulacji wpływać mogą na decyzję o przebicciu zasłony<sup>38</sup>. Warto tu wymienić: znaczne niedokapitalizowanie spółki ("*undercapitalization*"), niedotrzymanie wymogów w zakresie procedur wewnętrznych, brak dokumentacji czynności w spółce lub tworzenie niepoprawnej dokumentacji, używanie majątku spółki do celów osobistych wspólnika, zatarcie granicy między majątkiem spółki, a wspólnika (tzw. pomieszanie sfer), niewypłacanie dywidendy, wysysanie majątku spółki przez dominującego wspólnika, brak ustanowienia lub (mimo ustanowienia) niefunkcjonowanie organów spółki, posługiwanie się spółką przez wspólnika w celu popełnienia czynów zabronionych, szczególnie oszustw, pokrywanie przez spółkę zobowiązań osób prywatnych.<sup>39</sup> I często łączone są one z niewiele mówiącym stwierdzeniem, iż przebiccia zasłony trzeba dokonać by sprawiedliwości stało się zadość.<sup>40</sup>

W literaturze opracowano także zestawienie statystyczne<sup>41</sup> dotyczące przypadków zastosowania doktryny, w którym pod uwagę wzięto 1583 przypadków. W ogólnym rozrachunku do przebiccia zasłony dochodzi w 40% spraw sądowych, przy czym odsetek ten na przestrzeni lat utrzymywał zbliżony poziom. Podobnie rzecz kształtuje się niezależnie od rodzaju sądu<sup>42</sup>, w którym sprawy były rozpatrywane - w każdym z nich odsetek oscyluje wokół 40% spraw. Zauważalny rozrzut zachodzi, jeśli mowa o przebicciach w poszczególnych stanach, od 0% w Delaware (co tłumaczone jest protekcyjnym podejściem do *Corporations*)<sup>43</sup>, przez 35% w stanie New York (35% w 212 sprawach - najwięcej pozwów w zestawieniu), po 45% przy 89 sprawach w stanie California (co tłumaczone jest

---

<sup>37</sup> Zob. R. B. Thompson, op.cit., p. 1038.

<sup>38</sup> Zob. D. K. Millon, op.cit., p. 1328.

<sup>39</sup> Zob. J. R. Macey, J. Mitts, op.cit., p. 106-108. Tam też autorzy podają przykłady spraw, gdzie dana przyczyna znalazła zastosowanie.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>41</sup> Wszystkie poniższe dane pochodzą z: R. B. Thompson, op.cit., p. 1048-1069. Dane liczbowe do roku 1991.

<sup>42</sup> Badaniu poddano sprawy w: *State Courts, Federal Courts, Trial Courts, Intermediate Appellate Court i Supreme Courts*.

<sup>43</sup> Stan Delaware zarazem słynie z najbardziej liberalnego i przyjaznego prawa wobec podmiotów gospodarczych w USA. Jest siedzibą wielu znaczących *Corporations*, co niewątpliwie przekładać się też musi na wyższe wyspecjalizowanie tamtejszego sądownictwa w prawie spółek.



późnym, bo w 1931, wprowadzeniem zasady braku odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki<sup>44</sup>). W niektórych stanach odsetek ten był wyższy (najwięcej w stanie Kansas - 79%, 19 spraw), ale z drugiej strony liczba spraw o przebicie zasłony nie przekraczała zwykle 10 na przestrzeni lat. Powyższe prowadzi do wniosku, że praktyka ta jest niejednolita w poszczególnych stanach, stąd wybór siedziby, który wpływa na wybór prawa właściwego dla danej *Corporation*, może mieć znaczenie dla prawdopodobieństwa zastosowania doktryny w danym przypadku. Z innych danych warto odnotować, iż spadająca ilość wspólników w *Close Corporations* przekłada się na wzrost odsetka przebic, tj. z 50% dla spółki jednoosobowej do 35% dla spółek o 3 lub więcej wspólnikach, co jest dość zrozumiałe na gruncie teorii zatarcia granicy między wspólnikiem a spółką. Wśród przyczyn wymienianych jako przyczyny przebicia dominują w zasadzie następujące czynniki: instrumentalne posłużenie się spółką (97% z 75 spraw), alter ego (96 z 181 spraw), posłużenie się podstępem (94% z 169 spraw), *agency* (92% z 52 spraw) i spółka jako *dummy* (90% z 78 spraw). Czynniki te zasadniczo stanowią bazę i istotę większości teorii dotyczących *piercing the corporate veil*, stąd nie powinno dziwić ich powszechne powoływanie.

Ze względu na fakt, iż o kształcie doktryny decyduje orzecznictwo, a zatem w zasadzie w pełni wolną rękę pozostawia się sędziom, nie sposób nie poświęcić uwagi temu zagadnieniu. Choć system amerykański oparty jest na precedensie, to wcale nie paradoksalnie, szereg głosów krytycznych wiąże się właśnie z umiejscowieniem źródeł doktryny w orzecznictwie i brakiem stosownych konstrukcji oraz dyrektyw w prawie statutowym. Już w oparciu o wyżej wymienione przesłanki mogące skutkować przebicciem, trudno nie odnieść wrażenia, iż panuje w tej materii zbyt duża uznaniowość sędziów, co poddaje w wątpliwość użyteczność doktryny.<sup>45</sup> O ile oczywiste jest, iż każdy przypadek należy zawsze analizować *in concreto*, a przebicie jest zawsze tylko w sprawie, nigdy na przyszłość<sup>46</sup>, o tyle nie zmienia to faktu, iż arbitralność w podejściu sędziów oraz rozrzut w uzasadnieniach jest zbyt duży. Przekłada się to po pierwsze na wprowadzenie niepewności w obrocie gospodarczym poprzez wprowadzenie furtki pozwalającej zanegować, wydawałoby się fundamentalną i niepodważalną zasadę o rozdzieleniu majątku spółki od majątku wspólnika, a po drugie,

---

<sup>44</sup> Zob. R. B. Thompson, op.cit., p. 1052.

<sup>45</sup> Zob. F. H. Easterbrook, D. R. Fischel, op.cit., p. 110.

<sup>46</sup> Zob. S. M. Bainbridge, op.cit., p. 91.

uderza głównie w małe spółki, utrudniając ich prowadzenie oraz zwiększając koszty. Nie powinno to dziwić ze względu na charakter tego typu przedsięwzięć. Zauważa się także, iż wielu sędziów dysponuje zbyt małą wiedzą w sprawach związanych z prawem spółek, stąd sięgnięcie przez nich po doktrynę przebicia zasłony w określonych przypadkach może sprawiać wrażenie wybrania drogi na skróty i zastosowania najprostszego sposobu wyegzekwowania zobowiązań z całkowitym pominięciem istoty regulacji dotyczących spółek oraz innych dostępnych środków.

Warto odnotować, iż w USA doktryna ma także wielu przeciwników postulujących by zrezygnować z niej zupełnie. Głównym powodem jest to, iż ze względu na daleko idącą uznaniowość w jej stosowaniu, stała się ona instytucją zbyt mało przewidywalną.<sup>47</sup> Podobnie wszelkie pojęcia typu "niesprawiedliwość" są tak nieostre i tak odmiennie interpretowane, iż trudno w oparciu o nie same wyciągać wnioski co do przyczyn zastosowania doktryny. Ze względu na fakt, iż w rzeczywistości doktryna zawężana jest to małych podmiotów, wytyka się jej, iż posługiwanie się pojęciami typu *instrumentality*, *dummy* czy *agency* trąci absurdem. Trudno bowiem uznać, iż w spółkach jednoosobowych, czy też z kilkoma wspólnikami (np. biznesy rodzinne) występuje pełne oddzielenie tychże podmiotów od spółki. Ich sposób funkcjonowania bliższy jest spółkom osobowym, a ponieważ często część wspólników pełni rolę menadżerów, to próba znalezienia odrębnej woli spółki zwykle podejmowana jest nadaremno.<sup>48</sup>

### 3.2. Niemcy

Drugim państwem, którego podejście do doktryny PCV niniejszy artykuł ma na celu zobrazować, są Niemcy. Powody ku temu są dość oczywiste, polskie prawo spółek wywodzi się z wzorca niemieckiego, a obydwa państwa przynależą do systemu prawa kontynentalnego. Oznacza to, iż doświadczenia niemieckie powinny być bliskie polskiemu ustawodawstwu.

W kwestii terminologicznej poczynić należy następujące uwagi. Pojęcie *Durchgriff* w rozumieniu tytułowej doktryny opisywane jest poprzez zwrot *Haftungsdurchgriff*. Istnieją

---

<sup>47</sup> Zob. D. K. Millon, op.cit., p. 1310.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 1333.

także inne określenia powiązane ze pojęciem *Durchgriff*<sup>49</sup>, pozostają jednak one bez bezpośredniego związku z doktryną PCV.<sup>50</sup>

Najbardziej rozpowszechniona jest teoria subiektywna (*Mißbrauchslehre*).<sup>51</sup>, u której podłoża leży przekonanie, iż osoba prawna powoływana jest przez ustawodawcę do określonych celów. Sama jej definicja narzuca już pewne ograniczenia co do możliwości jej zastosowania. Pobrzmiewa tu ewidentnie teoria fikcji osób prawnych, czy też podejście amerykańskie, które kładzie nacisk na funkcjonalność tych podmiotów. By osoba prawna mogła być skutecznym narzędziem w obrocie gospodarczym, musi być wyposażona w osobowość prawną, czyli być pełnoprawnym podmiotem, z czym wiąże się też ograniczenie odpowiedzialności wspólników. Jednocześnie wskazuje się, iż takie ukształtowanie osób prawnych zakłada, że będą one wykorzystywane w obrocie gospodarczym w sposób uczciwy, zgodnie z normami prawnymi. Zastosowanie doktryny będzie zasadne wtedy, gdy wspólnik przełamie powyższe wytyczne, co można określić mianem "nadużycia prawa". Przybrać ono może postać: obejścia ustawy za pomocą osoby prawnej, obejścia lub naruszenia umowy lub pokrzywdzenia osób trzecich wobec spółki.<sup>52</sup> Zakłada się zatem złą wiarę wspólnika.<sup>53</sup> Uwagę warto też zwrócić na teorię stosowania norm (*Normzwecklehre*)<sup>54</sup>, u której podłoża leży przekonanie o relatywnym charakterze osoby prawnej, tj. dopiero w drodze wykładni prawa w danym wypadku można określić czy osoba prawna jest bytem samodzielnym i odrębnym. Istotą jest zatem określenie, którym normom w danym przypadku należy dać pierwszeństwo, co pozwala pominąć osobowość prawną spółki wtedy, gdy wymaga tego zastosowanie w pierwszej kolejności innych form.<sup>55</sup> Z jednej strony teoria ta ma szersze zastosowanie niż teoria subiektywna, ale z drugiej strony, jest ona dość nieprecyzyjna, gdyż nie przewiduje skonkretyzowanych schematów postępowania-

---

<sup>49</sup> Np. *Zurechnungsdurchgriff*. W kwestii tej istnieją też inne poglądy, których analiza w tym miejscu byłaby zbędną, a dotyczyłaby nazbyt szczegółowych zagadnień.

<sup>50</sup> Zob. T. Targosz, op.cit., cz. II, rozdział III, podrozdział 2.1.4.

<sup>51</sup> Autorem jest Rolf Serick.

<sup>52</sup> Zob. T. Targosz, op.cit., cz. II, rozdział III, podrozdział 2.1.2.1.

<sup>53</sup> Zob. C. Alting, op.cit., p. 198.

<sup>54</sup> Autorem jest Wolfram Müller-Freienfels.

<sup>55</sup> Zob. C. Alting, op.cit., p. 13.

nia.<sup>56</sup> Obok dwóch powyższych istnieją także inne teorie o różnorodnym charakterze, co do których warto tylko odnotować to, iż część z nich postuluje, by zminimalizować zastosowanie *Durchgriff*, a w zamian wykorzystywać instrumenty przewidziane przez prawo.

W praktyce sądy czasem nie przywiązują uwagi do rozważań teoretycznych ze względu na zbyt dużą ich rozbieżność w podejściu do sprawy, a także z powodu tego, że część proponowanych kryteriów jest nazbyt rozmyta.<sup>57</sup> Z tego powodu, wysuwają się trzy podstawowe przyczyny będące zazwyczaj podstawą zastosowania doktryny: niedokapitalizowanie spółki (*Unterkapitalisierung*)<sup>58</sup>, zdominowanie (podporządkowanie) spółki przez wspólnika (*Beherrschung der Gesellschaft*)<sup>59</sup> oraz zatarcie różnicy między osobą i majątkiem wspólnika oraz spółki (tzw. pomieszanie sfer), wespół z innymi zaniedbaniami obowiązków formalnych (*Vermögens- und Sphärenvermischung*)<sup>60, 61</sup>. Nie należy jednak zapominać, iż czynniki decydujące o przebicciu należy zawsze analizować *in concreto*. Problem niedokapitalizowania jest różnie rozumiany, zazwyczaj można o nim mówić wtedy, gdy chociaż przekroczono próg minimalnego kapitału zakładowego, to jednak środki zainwestowane w spółkę są niewystarczające by prowadzić jej interesy, szczególnie, gdy środki te pochodzą przede wszystkim z kredytów udzielonych przez wierzycieli, co w dłuższej perspektywie może grozić spółce upadłością.<sup>62</sup> W przypadku trzeciej przesłanki wyróżnia się dwa przypadki: *Vermögensvermischung*, czyli zatarcie granicy w sferze majątkowej oraz *Sphärenvermischung*, czyli zatarcie granicy w sferze podmiotowości. Pierwszy przypadek zazwyczaj znajduje zastosowanie, gdy wielokrotnie powtarzane są wypłaty z majątku spółki na rzecz wspólnika, które jednocześnie nie znajdują pokrycia w stosownych dokumentach

---

<sup>56</sup> Zob. T. Targosz, op.cit., cz. II, rozdział III, podrozdział 2.1.2.2.

<sup>57</sup> Zob. C. Alting, op.cit., p. 198-199.

<sup>58</sup> W tej kwestii po pierwsze pamiętać należy, iż prawo niemieckie przewiduje instytucję kapitału zakładowego, czego brak w prawie amerykańskim. Obecnie wymagane jest: 50 000 EUR dla *Aktiengesellschaft* (AG) [spółka akcyjna], 25 000 EUR dla *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) [sp. z o.o.] oraz 50 000 EUR dla *Kommanditgesellschaft auf Aktien* (KGaA) [spółka komandytowo-akcyjna].

<sup>59</sup> Zasadniczo uwagi odnośnie *instrumentality doctrine* z prawa amerykańskiego są i tutaj aktualne. Także i tutaj sądy są bardziej skłonne zastosować *Durchgriff*, gdy spółka liczy mniejszą ilość wspólników.

<sup>60</sup> Uwagi poczynione przy *alter ego doctrine* z prawa amerykańskiego są tu aktualne.

<sup>61</sup> Zob. C. Alting, op.cit., p. 192.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 207-210; i tam podane przykłady z orzecznictwa obrazujące problematykę niedokapitalizowania i upadłości.

i uchwałach organów spółki<sup>63</sup>, a drugi, gdy spółka i wspólnicy w relacjach z wierzycielami zachowują się tak, że wierzyciele nie są w stanie określić, czy podejmują działania wobec spółki czy wspólnika (jako osoby prywatnej), co szczególnie może mieć miejsce wtedy, gdy wspólnik jest członkiem zarządu spółki i zaniedbuje wymogi związane z zasadami reprezentacji. Jest to kryterium bardzo nieostre.<sup>64</sup>

W Niemczech, podobnie jak w Ameryce, problem *Durchgriff* dotyczy głównie podmiotów małych, w zasadzie wyłącznie GmbH, nie odnotowano bowiem wypadku zastosowania doktryny wobec spółek publicznych.<sup>65</sup> Literatura wskazuje także, iż zjawisko zastosowania doktryny jest znikome, mowa tu bowiem raptem o ok. 50 przypadkach.<sup>66</sup>

#### **4. Rozwiązania w polskim systemie prawa**

##### 4.1. De lega lata

Jak już zostało to zasygnalizowane, polski ustawodawca nie przewidział w przepisach żadnej instytucji, która mogłaby zostać przypadkiem w pełni odpowiadającym doktrynie *piercing the corporate veil*. Brak odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki kapitałowej jest bezwzględny, a jedyne przewidziane odstępstwa w k.s.h. dotyczą etapu jej organizacji i podyktowane są charakterem prawnym spółek kapitałowych w organizacji.<sup>67</sup>

Nie zmienia to jednak faktu, iż część przedstawicieli nauki zainteresowanych problematyką doktryny przebicia zasłony korporacyjnej zaproponowała propozycje rozwiązań, które nawiązują do tej problematyki.

##### 4.1.1. Nadużycie prawa podmiotowego formy prawnej spółki

---

<sup>63</sup> Ibidem, p. 215-216.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 217-218.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 219.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 220.

<sup>67</sup> Por. art. 161 k.s.h. i 323 k.s.h. w zw. z art. 11 k.s.h. i 13 § 2 k.s.h.; Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, LEX/el: 10054, 2014, art. 11 i 13.

Pojęcie nadużycia formy prawnej spółki odwołuje się do naczelnych zasad prawa, których naruszenie sankcjonowane miałyby być pominięciem odrębności prawnej spółki. Na pierwszy plan w tym katalogu wysuwa się art. 5 k.c., w związku z którym sformułowano koncepcję nadużycia prawa podmiotowego do formy spółki<sup>68</sup>, co spotkało się z mieszanymi, przeważnie krytycznymi opiniami.

Nadużycie prawa podmiotowego jest instytucją charakterystyczną dla prawa kontynentalnego (nie występuje w systemie *common law* ze względu na prawotwórcze uprawnienia sądów), a wypracowano ją jako ostateczny mechanizm obronny na wypadek sytuacji, w której literalne zastosowanie prawa było dla strony nazbyt krzywdzące.<sup>69</sup> Zasadniczo katalog praw podmiotowych podległych tej instytucji jest nieograniczony, tj. w jego obrębie zawierać się mogą wszystkie kategorie stosunków cywilnoprawnych.<sup>70</sup> W doktrynie wyróżniono tzw. szerokie i wąskie ujęcie instytucji z art. 5 k.c. W myśl szerokiego ujęcia, sędzia upoważniony jest do ingerencji w stosunek prawny, ilekroć uzna, iż dane jego ukształtowanie jest niesprawiedliwe, co nawiązuje do kryterium słuszności.<sup>71</sup> W Polsce jednak powszechnie aprobuje się ujęcie wąskie, które kładzie nacisk na "czynienie użytku ze swego prawa", przez co należy rozumieć, iż sam art. 5 k.c. nie może być podstawą do zmiany stosunków prawnych, co uzasadnia się tym, że przyjęcie stanowiska przeciwnego, tj. ujęcia szerokiego, oznaczałoby przyznanie sędziom zbyt dalekich uprawnień do ingerencji w stosunki cywilnoprawne, uprawnień wręcz o charakterze prawotwórczym.<sup>72</sup> Stanowisko to także utwierdzone jest w orzecznictwie.<sup>73</sup> Brak tu ograniczenia podmiotowego, tj. skorzystać z instytucji art. 5 k.c. może każdy podmiot prawa cywilnego.<sup>74</sup> Przepis oparty jest o dwie klauzule generalne<sup>75</sup>, przy czym wydaje się, że ewentualnie podstaw

---

<sup>68</sup> Zob. R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń, 2009, s. 143.

<sup>69</sup> Zob. M. Pyziak-Szafnicka, [w:] P. Księżak (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, LEX/el: 8935, 2014, art. 5 pkt 1; Zob. S. Dmowski, R. Trzaskowski, op.cit., art. 5 pkt 19.

<sup>70</sup> Zob. M. Pyziak-Szafnicka, op.cit., art. 5 pkt 6

<sup>71</sup> Ibidem, art. 5 pkt 7.

<sup>72</sup> Ibidem, art. 5 pkt 8.

<sup>73</sup> Wyrok TK z dnia 17 października 2000 r., sygn. SK 5/99, Dz. U. 2000, nr 088, poz. 99.

<sup>74</sup> Zob. M. Pyziak-Szafnicka, op.cit., art. 5 pkt 16-18.

<sup>75</sup> Zakres ich rozumienia jest w doktrynie stosunkowo szeroki i próba choćby szczytkowego jego przedstawienia dalece wykraczałaby poza ramy niniejszego artykułu. Pozostaje odesłać do literatury: ibidem, art. 5 pkt 19-38.



do wyprowadzenia doktryny *piercing the corporate veil* szukać można w klauzuli sprzeczności ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa.<sup>76</sup> Powszechnie uznaje się, iż nadużycie prawa oznacza, że dane zachowanie staje się bezprawne<sup>77</sup>.

U podstaw przyjęcia koncepcji nadużycia prawa podmiotowego do formy prawnej spółki leży przyjęcie, iż po pierwsze istnieje prawo podmiotowe do posługiwania się formą osoby prawnej, po drugie możliwe jest odwołanie się do szerokiego ujęcia nadużycia prawa podmiotowego, a po trzecie możliwe jest przyjęcie, iż naruszenie prawa podmiotowego może stanowić samoistną podstawę roszczenia. Łącznie te trzy wymienione przesłanki miałyby stanowić o dopuszczalności zastosowania doktryny PCV na gruncie prawa polskiego.<sup>78</sup>

Krytyka powyższej propozycji sprowadza się do zanegowania jej podstaw. W pierwszej kolejności wskazuje się, iż nie można mówić o prawie podmiotowym w kontekście posługiwania się formą spółki, gdyż prawna odrębność spółki od jej wspólników nie jest prawem podmiotowym. Z istoty prawa podmiotowego wypływają nie tylko uprawnienia, ale i obowiązki wobec pozostałych stron stosunku prawnego. Nie sposób jednak mówić o tego typu stosunku prawnym łączącym wspólników z wierzycielami spółki, bowiem skutek powstania spółki istnieje on tylko między samymi wspólnikami oraz między wspólnikami a spółką. Dodatkowo, nie do zaakceptowania jest teza, iż możliwe jest nadużycie stosunków korporacyjnych przez wspólników wobec osób trzecich, gdyż te nie istnieją na linii: wspólnicy - osoby trzecie wobec spółki. Nie mogą one zatem stanowić prawa podmiotowego do posługiwania się osobą prawną, gdyż brak tu jakiegokolwiek stosunku prawnego łączącego wspólników z osobami trzecimi. Odwołując się także do dominującego poglądu w doktrynie i orzecznictwie, nie sposób zgodzić się z poglądem, iż art. 5 k.c. mógłby stanowić samoistną podstawę roszczenia, gdyż pełni on rolę obronną.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Zob. S. Dmowski, R. Trzaskowski, op.cit., art. 5 pkt 9 - nie jest to oczywiście pogląd autorów, ale na takie podejście wskazywałyby przyczyny wprowadzenia tej klauzuli, tj. przede wszystkim ochrona wartości ekonomicznych.

<sup>77</sup> Zob. M. Pyziak-Szafnicka, op.cit., art. 5 pkt 39-41; w tym zakresie istnieją jednakże liczne dywagacje odnośnie pojmowania danego zachowania. Według niektórych, w takiej sytuacji w ogóle nie można mówić o wykonywaniu prawa i nie mieści się ono w granicach tego prawa (pogląd S.Grzybowskiiego czy Z. Radwańskiego), według innych, tylko pozornie mieści się ono w tych granicach, ale nie zasługuje na ochronę (pogląd A. Woltera i A. Szpunara). Niezależnie od przyjęcia jednego z tych stanowisk, konkluzje są zbliżone.

<sup>78</sup> Zob. R. Szczepaniak, *Nadużycie...*, s. 143-158.

<sup>79</sup> Zob. A. Opalski, op.cit., s. 12 – 14; wyrok SN z dnia 23 października 2002 r., sygn. II CKN 873/00.

#### 4.1.2. Bezskuteczność względna z art. 59 k.c.

Drugą instytucją polskiego prawa cywilnego, którą wysuwa się jako potencjalnie nawiązującą do doktryny PCV jest instytucja bezskuteczności względnej uregulowana w art. 59 k.c.<sup>80</sup> Ze względu na fakt, iż wydaje się być zbliżona do skargi pauliańskiej, zaznaczyć należy, iż obecnie doktryna uznaje zgodnie, iż zbieg pomiędzy tymi instytucjami zajść nie może ze względu na odmienną sytuację ich zastosowania (odpowiednio: w razie niemożliwości świadczenia, na wypadek niewypłacalności dłużnika) oraz przedmiot instytucji (tylko roszczenia niepieniężne, tylko pieniężne), choć w tej ostatniej kwestii judykatura zajmuje odmienne stanowisko.<sup>81</sup>

Istota przepisu sprowadza się do uznania, tylko i wyłącznie w drodze orzeczenia sądu<sup>82</sup>, iż umowa zawarta pomiędzy podmiotem B i C traci skuteczność wobec podmiotu A, który ma stosowne roszczenie wobec B na podstawie uprzednio dokonanej przez nich czynności prawnej, gdyż niemożliwe staje się jej wykonanie wskutek umowy późniejszej. Podmiot C jest zatem osobą trzecią wobec stosunku prawnego jaki łączy podmiot A z B. Jednocześnie zarazem, czynność dokonana pomiędzy B i C nie traci skuteczności w pozostałym zakresie.<sup>83</sup> W rezultacie, dzięki tej instytucji, podmiot A ma uzyskać dokładnie to, co przewidywała pierwotna umowa.<sup>84</sup>

Zakres przedmiotowy, którego ma dotyczyć art. 59 k.c. zawężany jest tylko do umów<sup>85</sup>, przy czym obojętne jest źródło czynności prawnej, mogą to być także roszczenia wynikające z czynów niedozwolonych, ustawy, decyzji administracyjnych czy orzeczeń sądowych.<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> Zob. R. Szczepaniak, *Bezskuteczność względna czynności prawnej jako skutek nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, PPH 1/2009, s. 52 i 54; A. Janiak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna.*, LEX/el: 8689, 2012, art. 59 pkt 1.

<sup>81</sup> Zob. A. Janiak, op.cit., art. 59 pkt 11; S. Rudnicki, R. Trzaskowski, op.cit., art. 59 pkt 1; tj. judykatura uznaje, iż art. 59 k.c. ma zastosowanie do roszczeń zarówno pieniężnych jak i niepieniężnych.

<sup>82</sup> Zob. A. Janiak, op.cit., art. 59 pkt 6.

<sup>83</sup> Ibidem, art. 59 pkt 1.

<sup>84</sup> Ibidem, art. 59 pkt 5.

<sup>85</sup> Ibidem, art. 59 pkt 2.

<sup>86</sup> Zob. M. Pyziak-Szafnicka, op.cit., art. 59 pkt 18.

O ile roszczenie nie musi być wymagalne, o tyle musi istnieć w dniu zaskarżenia umowy.<sup>87</sup> Przyjmuje się także, iż instytucji art. 59 k.c. nie można zastosować do roszczeń skutecznych *erga omnes* oraz o poszerzonej skuteczności prawnej, co wynika z ich istoty przewidującej bezwarunkowo szerszy charakter ochrony niż bezskuteczność względna.

Art. 59 k.c. przewiduje jeszcze dwie przesłanki zastosowania, tj. obiektywną oraz subiektywną. Ta pierwsza sprowadza się do niemożliwości spełnienia roszczenia A względem B wskutek umowy między B a C. W doktrynie wskazuje się, iż oczywiście mowa w przepisie o niemożliwości następczej, powstałej wskutek późniejszej umowy (czyli zachodzi tu związek przyczynowy), natomiast niemożliwość ta raczej ma charakter subiektywny, choć podawane bywają argumenty przeciwnie.<sup>88</sup> Przesłanka subiektywna sprowadza się natomiast do świadomości podmiotów B i C o istnieniu roszczenia A wobec B, co sprowadza-  
ne jest do pozostawania w złej wierze.<sup>89</sup> Ta przesłanka nie ma jednak zastosowania do umów o charakterze nieodpłatnym.

Co zatem ma zbliżać powyższą regulację do doktryny *piercing the corporate veil*? Po pierwsze, pobrzmiewa tu zasada *pacta sunt servanda*, poprzez to, iż kodeks cywilny chroni umowy zawarte wcześniej, tak by nie tylko niedopuszczalne było ich niewykonanie z tytułu zawarcia później analogicznej umowy z osobą trzecią, ale także by możliwe było uzyskanie pierwotnego roszczenia w formie przewidzianej przez umowę (a więc nie np. w ekwiwalencie pieniężnym). Wiąże się to z odwołaniem się do przesłanki słuszności, z której wypływa tytułowa doktryna. Po drugie, podobnie jak przebicie zasłony korporacyjnej, art. 59 k.c. rozszerza skuteczność umowy na osoby trzecie, a więc podmioty pierwotnie nie pozostające w stosunku prawnym, jednocześnie nie wpływając na ważność umowy późniejszej. W obydwu wypadkach oceny *in concreto* dokonuje sąd i to w jego kompetencji leży zastosowanie obydwu instytucji.<sup>90</sup>

#### 4.1.3. Skarga pauliańska

---

<sup>87</sup> Zob. A. Janiak, op.cit., art. 59 pkt 10.

<sup>88</sup> Zob. M. Pyziak-Szafnicka, op.cit., art. 59 pkt 27-30.

<sup>89</sup> Ibidem, art. 59, pkt 35-39.

<sup>90</sup> Zob. R. Szczepaniak, *Bezskuteczność...*, s. 53-54.

Kolejną, przywołaną już w poprzednim podrozdziale, instytucją jest tzw. skarga pauliańska (art. 527 - 534 k.c.), w oparciu o którą wierzyciel może żądać uznania czynności prawnej, dokonanej przez dłużnika na rzecz osoby trzeciej, za bezskuteczną wobec niego. Warunkiem jest by dłużnik działał z zamiarem pokrzywdzenia wierzycieli, a osoba trzecia o tym wiedziała albo mogła się o tym dowiedzieć przy zachowaniu należytej staranności. Art. 527 § 2 k.c. wiąże pokrzywdzenie wierzyciela z zaistnieniem niewypłacalności dłużnika wskutek owej czynności prawnej albo z powiększeniem stanu niewypłacalności. Zastosowanie skargi pauliańskiej pozostawia w mocy zaskarżoną czynność.<sup>91</sup>

Zasadniczo należy zadać pytanie o to, czym instytucja ta nawiązywać ma do doktryny *piercing the corporate veil*. Występuje ona w prawie amerykańskim pod nazwą *fraudulent conveyance*, jednakże zastosowanie znajduje do odmiennych przypadków. Po pierwsze, nie umożliwia ona przebicia welonu korporacyjnego, gdyż jej istota nie sprowadza się do wykazania, iż spółka i jej wspólnik to jeden i ten sam podmiot. Po drugie, ma ona szersze możliwości zastosowania, gdyż może zostać także wykorzystana, gdy dłużnik dokonuje przesunięć majątkowych na rzecz podmiotów innych niż wspólnicy (np. inna spółka, niebędąca spółką-matką, występująca w ramach grupy spółek), gdzie doktryna nie znalazłaby zastosowania. Skarga pauliańska ma charakter postępowania dwuetapowego, tj. najpierw wymagane jest by zaskarżoną czynność prawną uznać za bezskuteczną, po czym dopiero można dochodzić zabezpieczenia majątku, z kolei w przypadku przebicia welonu korporacyjnego wskutek pominięcia spółki postępowanie jest jednoetapowe.<sup>92</sup> Powyższe wykazuje, iż obydwie instytucje tylko częściowo się zazębiają, tj. w przypadku, gdy spółka dokonuje rozporządzenia majątkiem z pokrzywdzeniem wierzycieli na rzecz swych wspólników.

Największą trudnością zastosowania skargi pauliańskiej są przesłanki dotyczące wykazania, iż dłużnik działał ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli. Co prawda, zadanie to ułatwiać mają ustawowe domniemania, a w powyższych wypadkach szczególnie art. 527 § 4 k.c. mógłby okazać się pomocny, gdyż odwołuje się do pojęcia "przedsiębiorcy pozostającego z dłużnikiem w stałych stosunkach gospodarczych". Do oceny tychże stosunków należy przyjmować nie tylko kryterium czasu ich trwania, ale także charakter i rozmiar,

---

<sup>91</sup> Zob. M. Sychowicz, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, LEX/el: 9060, 2013, art. 527 pkt 1, 15.

<sup>92</sup> Zob. R. Szczepaniak, *Bezskuteczność...*, s. 48-49.

co miałyby umożliwić przedsiębiorcy dokonania oceny stanu majątkowego dłużnika.<sup>93</sup> Zauważyć należy, iż domniemanie to, o ile może okazać się przydatne w przypadku grup spółek czy spółek obsadzonych przez figurantów<sup>94</sup>, o tyle, zważywszy na fakt, iż wspólnicy będący osobami fizycznymi nie zawsze są przedsiębiorcami, domniemanie to nie znajdzie zastosowania w tym wypadku, co osłabia tę konstrukcję. W tym drugim wypadku jednak właściwszy byłby art. 527 § 3 k.c., posługujący się terminem "osoba będąca w bliskim z nim stosunku", co w moim odczuciu odpowiada relacji wspólnik-spółka kapitałowa.

Znacznym osłabieniem skargi pauliańskiej są jednak sytuacje, w których czynności dokonywane są w taki sposób, iż nie można nadać im znamion wywołujących czy pogarszających stan niewypłacalności, a także gdy osoba trzecia, na którą dłużnik dokonał rozporządzenia, dokona dalszego rozporządzenia, choćby na osoby działające w dobrej wierze.<sup>95</sup>

#### 4.1.4. Inne rozwiązania

Kolejnym rozwiązaniem jest uznanie wykorzystania formy prawnej spółki jako obejścia prawa, co miałyby skutkować nieważnością zawiązania spółki na gruncie art. 58 § 1 k.c., co mogłoby mieć np. zastosowanie w sytuacji, gdy wspólnicy powołują spółkę wyłącznie celem pozyskania ograniczonej odpowiedzialności, a sama spółka nie dość, że jest niedokapitalizowana<sup>96</sup> to jeszcze funkcjonuje w obrocie tak, jakby nie posiadała żadnej odrębności w stosunku do wspólników. W tym celu jeszcze mogłyby zostać wykorzystane osoby trzecie jako tzw. figuranci. Rozwiązanie to jednak nie może w praktyce znaleźć zastosowania, ze względu na przyjęcie enumeratywnie wyliczonych przesłanek rozwiązania spółki kapitałowej, określonych w art. 21 § 1 k.s.h., bowiem powyższa sytuacja nie odpowiada żadnej z wymienionych w przepisie przesłanek. Stosowanie w tym celu

---

<sup>93</sup> Zob. M. Sychowicz, op.cit., art. 527 pkt 14.

<sup>94</sup> Tj. spółek, których wspólnikami lub członkami organów są osoby inne, niż wspólnicy spółki-matki czy spółka-matka, ale w rzeczywistości owi figuranci są od nich uzależnieni i podporządkowani.

<sup>95</sup> Patrz: R. Szczepaniak, *Bezskuteczność...*, s. 50-52 i przedstawione tam kazusy ilustrującego wspomniane problemy.

<sup>96</sup> Zauważyć należy, iż termin "niedokapitalizowanie" nie jest ustawowo zdefiniowany. Ze względu na fakt, iż sfera potencjalnych przedmiotów działalności jakimi mogą zajmować się spółki kapitałowe jest ogromna, interpretacje tego terminu należy dokonywać zawsze w oparciu o przyjęte standardy w danej branży.

przepisu art. 21 k.s.h. (który wchodzi w miejsce regulacji art. 58 § 1 k.c.) wynika z odrzucenia sankcji nieważności *ex tunc* wobec spółek kapitałowych, co podyktowane jest koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego.<sup>97</sup>

Innym prezentowanym środkiem do pociągnięcia wspólników do odpowiedzialności za zobowiązania spółki jest zastosowanie art. 415 k.c., zasygnalizować jednak należy, iż jest to zwyczajne uproszczenie, bowiem w istocie dochodzi się tu odpowiedzialności za szkodę (delikt) poniesioną przez osobę trzecią wskutek działania wspólnika za pośrednictwem spółki, co zresztą wprost zaznaczone jest w orzecznictwie.<sup>98</sup> Także i w doktrynie wskazuje się, że odpowiedzialność za szkodę może znaleźć zastosowanie, analogicznie do przesłanek z prawa niemieckiego co do *Durchgriff*, w przypadku niedokapitalizowania spółki, dominacji nad spółką czy pomieszania sfer bądź majątków wspólnika i spółki.<sup>99</sup> O ile przesłanki odpowiedzialności z art. 415 k.c., tj. czyn sprawcy, wina i związek przyczynowy między czynem, a szkodą<sup>100</sup> są zasadniczo tożsame z przesłankami, na jakie wskazuje się w doktrynie PCV, o tyle wydaje się niezbędne poczynić spostrzeżenie, iż pojęcia "szkody" nie należy utożsamiać z pojęciem "zobowiązań spółki". Oczywiście przy określonych stanach faktycznych mogą się one pokrywać, ale co do zasady - nie. Należy też zwrócić uwagę, że wykazanie, iż np. wierzyciel spółki poniósł stratę wskutek upadłości spółki, która swego długu nie spłaciła na skutek działań wspólnika, nie rzadko może być niezwykle trudne, co na gruncie doktryny PCV wydaje się łatwiejsze do wykazania poprzez postawienie równości między spółką a wspólnikiem. Podstawowym elementem odróżniającym odpowiedzialność deliktową od doktryny PCV jest to, iż nie znosi ona (bo prawnie jest to niedopuszczalne) odrębnej osobowości spółki.

---

<sup>97</sup> Zob. A. Opalski, op.cit., s. 14; R. Szczepaniak, *Kwestia nieważności czynności prawnych jako skutek nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, PPH 2/2008, s. 20-21.

<sup>98</sup> Wyrok SN z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. V CSK 169/09.

<sup>99</sup> Zob. A. Opalski, op.cit., s. 17-20.

<sup>100</sup> Zob. J. Gudowski, G. Bieniek, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, LEX/el: 9060, 2013, art. 415.



#### 4.1.5. Zastosowanie w orzecznictwie

W polskim orzecznictwie stosunkowo rzadko można natrafić na sytuacje, w których dochodzi do odwołania się do doktryny *piercing the corporate veil*, co nie powinno dziwić ze względu na brak stosownych regulacji oraz, jak dotąd, brak definitywnej odpowiedzi na pytanie o to, w jaki sposób należałoby dokonać jej recepcji.

W wyroku Sądu Najwyższego z 17 marca 2015 r. (sygn. I PK 179/14)<sup>101</sup> znaleźć można odwołanie do tytułowej doktryny, co dowodzi, iż jest ona przedmiotem rozważań judykatury, a tym samym wskazane jest bliżej przyjrzeć się przedstawionemu tam stanowisku. SN w uzasadnieniu wskazał, iż "zjawisko nadużycia odrębnej osobowości prawnej spółki" można zakwalifikować na podstawie art. 5 k.c., co odnosi się do już przedstawianej problematyki nadużycia prawa podmiotowego. Inną przyczyną sięgnięcia po doktrynę mogłoby być zastosowanie podstępu przez jedną ze spółek w grupie wobec osoby trzeciej, w postaci zawarcia kilku umów by uniknąć zobowiązań ciążących na członkach zarządu spółek, wynikających czy to z prawa pracy czy prawa podatkowego. Innymi przesłankami może być: "pomieszanie sfer" (zarówno w aspekcie osobowym, jak i majątkowym) pomiędzy spółką a wspólnikiem. W uzasadnieniu wskazywane jest, iż na gruncie prawa pracy doktryna znaleźć może zastosowanie szczególnie w następującym przypadku: gdy właściciel zakładu pracy, w drodze stosownych przekształceń organizacyjnych, doprowadza do zawarcia umowy o pracę przez pracownika z podmiotem (tj. spółką) przez niego kontrolowanym, co może być środkiem do obejścia prawa i tym samym ograniczenia lub ominięcia zobowiązań wobec pracowników. W celu realizacji funkcji ochronnej prawa pracy konieczne jest sięgnięcie po instrumenty zdolne do zwalczania przypadków takich jak powyżej przedstawiony. Ze względu na fakt, iż obecnie prawo nie przewiduje konstrukcji umożliwiających pominięcie prawnej odrębności osób prawnych, SN wskazuje, iż konieczna jest wykładnia przepisów obowiązujących, tak by móc zwalczać nadużycia w tej formie przez podmioty z tych samych grup kapitałowych.<sup>102</sup> W podsumowaniu wskazano, iż by ocenić, czy umowę,

---

<sup>101</sup> Wyrok dotyczy prawa pracy (problem zawarcia odrębnych umów o pracę, celem uniknięcia wypłacania wynagrodzenia za nadgodziny przez spółki w grupie kapitałowej) i wiąże się z problematyką grup spółek, co choć nie stanowi sedna tematyki niniejszego artykułu, warto jest mimo wszystko poświęcić uwagi.

<sup>102</sup> W dalszej części następują wywody dotyczące stanu faktycznego w skardze kasacyjnej powiązane z zagadnieniami wynikającymi z prawa pracy (m.in. problematyka koncepcji jednego pracodawcy), które tutaj przytaczane nie są z powodu ograniczeń formalnych dotyczących artykułu. Dla zainteresowanych wskazane jest zapoznanie się z pełną treścią uzasadnienia.

będącą przedmiotem skargi kasacyjnej, zawarto w celu obejścia prawa (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 300 k.p.) konieczna może być wykładnia art. 3 k.p. i art. 22 § 1 k.p. z uwzględnieniem doktryny *piercing the corporate veil*.

To co znamienne w powyższym orzeczeniu, to wskazanie, iż doktryna PCV może znaleźć oparcie w art. 5 k.c., co zresztą w doktrynie dyskutowane już było. Oczywiście nie sposób tu mówić o wykształceniu się nowej linii orzeczniczej, bowiem wyrok nie dotyczył wprost odpowiedzialności wspólników wobec osób trzecich za zobowiązania spółki, nie mniej jednak zauważyć należy, iż SN zrobił drobny krok w tę stronę, zważywszy na fakt, iż zwykle odwoływano się do art. 58 § 1 k.c. a nie art. 5 k.c.<sup>103</sup>

#### 4.2. Potencjalne kryteria zastosowania doktryny PCV

Powyższe rozważania umożliwiają zbudowanie kryteriów, w jakich można by rozważać zastosowanie doktryny PCV na gruncie polskiego prawa spółek. Zasadniczo wyróżnić można trzy sfery: zakres podmiotowy, przesłanki zastosowania oraz podstawę prawną.

Istota zakresu podmiotowego sprowadza się do określenia spółki o jakich cechach winny być brane pod uwagę. Im mniejsza spółka, o mniej licznym gronie wspólników, o bardziej zamkniętym charakterze, tym większe prawdopodobieństwo zatarcia granicy między spółką a jej wspólnikami. Kryterium temu należy przyznać prymat, ponieważ by móc mówić czy to o instrumentalnym wykorzystaniu spółki, czy o spółce jako „alter ego” wspólnika trzeba mieć do czynienia z podmiotem, którego wola pokrywa się z wolą wspólnika, a nie powstaje w drodze konsensu pomiędzy wspólnikami. Naturalnie, wydaje się, iż z tej grupy należy wyłączyć spółki akcyjne publiczne, notowane na giełdzie. Co prawda struktura akcjonariatu w polskich spółkach giełdowych jest odmienna niż struktura w ich amerykańskich odpowiednikach (tj. skupiona w mniej licznym gronie akcjonariuszy, gdy system amerykański cechuje znaczne rozproszenie, co warunkuje znacznie większą swobodę organów spółek w stosunku do ich właścicieli) i dosyć często występują przypadki spółek, w których znaczny pakiet akcji przypada na rzecz jednego akcjonariusza, w sytuacji,

---

<sup>103</sup> Por.: wyrok SN z dnia 5 listopada 2013 r., sygn. II PK 50/13; wyrok SN z dnia 20 listopada 2013 r., sygn. II PK 55/13 (w obydwu odniesienie do art. 58 § 1 k.c.); wyrok SN z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. I PK 311/07 (tu poruszona kwestia "pomieszania sfer").

gdy statut przyznaje mu liczne uprawnienia, dzięki czemu może w pełni kontrolować spółkę. Z drugiej strony praktyka zarówno amerykańskich jak i niemieckich spółek giełdowych pokazuje, iż doktryna PCV nie znalazła tam ani razu zastosowania, stąd wyjątkowi temu można przypisać wyłącznie teoretyczną doniosłość.<sup>104</sup> O spełnienie warunków wstępnych jest prościej w przypadku sp. z o.o. oraz spółek akcyjnych prywatnych, w których przypadku ilość wspólników może wynosić jedną osobę, bądź liczbę niewiele wyższą. Jest to oczywiście kryterium nieostre, bowiem sama liczba wspólników niewiele mówi o strukturze udziałów w spółce czy o relacjach na linii wspólnicy-wspólnicy lub wspólnicy-spółka, nie mniej jednak postawić można tezę, iż liczba wspólników powyżej 3 będzie oznaczać, że zatarcie granicy między osobami wspólników a spółką staje się mniej prawdopodobne, co podpierają statystyki z amerykańskich przypadków zastosowania doktryny.<sup>105</sup> Wymaga to jednak oceny *in concreto*, gdyż w sytuacji, w której spółka, mimo że posiada liczne grono wspólników, przy czym jeden czy dwóch wspólników łącznie dysponuje uprawnieniami gwarantującymi pełną kontrolę, w swym charakterze tak naprawdę sytuacja zbliżać się może do sytuacji spółki o wąskim gronie wspólników.

Samo jednak wytypowanie podmiotów o specyficznym, wąskim układzie właścicielskim jest niewystarczające, bowiem w przeciwnym wypadku oznaczałoby to możliwość zastosowania doktryny PCV w przypadku większości spółek. Z tego względu wyrasta konieczność wyróżnienia przesłanek, w przypadku zaistnienia których, w powiązaniu z kryterium podmiotowym, daje to podstawy do sięgnięcia po PCV.

Pierwszą z nich jest podporządkowanie sobie spółki przez wspólnika. Objawia się ono wysokim udziałem wspólnika w spółce lub posiadaniem przez niego przywilejów<sup>106</sup>, wskutek czego sprawuje on samodzielną kontrolę nad spółką bezpośrednio albo poprzez organy spółki mu podporządkowane. W zaistniałej sytuacji trudno mówić o odrębnej woli spółki od wspólnika, a zatem pełni ona rolę wydmuszki czy przykrywki. Interesy owego wspólnika realizowane są kosztem interesów spółki, a zatem odrębna osobowość spółki jest fikcją. Czynniki te pełni doniosłą rolę zarówno w systemie amerykańskim, jak i niemiec-

---

<sup>104</sup> Por. podrozdziały 3.1. i 3.2. niniejszego artykułu.

<sup>105</sup> Por. tabela [w:] R. B. Thompson, op.cit., p. 1054 – 1056.

<sup>106</sup> Potencjalny katalog jest niezwykle szeroki stąd przykładowo można wymienić: uprzywilejowanie co do prawa głosu, prawo powoływania osób do organów spółki, czy też takie ukształtowanie funkcjonowania organów spółki, by do ich działania obligatoryjne było uczestnictwo owego wspólnika w ich pracach.

kim. Choć tzw. wymieszanie sfer bywa wyodrębniane jako samodzielna podstawa, wydaje się, iż tak naprawdę stanowi ono jeden z przejawów podporządkowania spółki, szczególnie w aspekcie osobowym. W przypadku spółki jednoosobowej, która posiada tylko jednoosobowy zarząd, którego członkiem jest ów wspólnik, zasadniczo element ten jest automatycznie spełniony, jeśli wspólnik zaniebuje swoje obowiązki w sferze formalnej i w czasie stosunków z osobami trzecimi, w sposób niewywołujący wątpliwości, nie wykazuje w całym imieniu działa (tj. wspólnika czy spółki).

Kolejną przesłanką, którą należałoby wykazać, jest niedokapitalizowanie spółki. Za pozbawione sensu należy uznać próby zniesienia odrębności między spółką, a jej wspólnikami, celem pociągnięcia ich do odpowiedzialności za zobowiązania spółki, jeśli jej majątek jest wystarczający do zaspokojenia owych roszczeń. Istotą niedokapitalizowania w tym rozumieniu jest zatem niemożność naprawienia szkody poniesionej przez wierzyciela ze środków spółki. Nie sposób o niedokapitalizowaniu mówić *in abstracto*, a podstawą do wyciągnięcia takiego wniosku musi być analiza majątkową spółki oraz środowiska w jakim ona operuje. Na szczególną uwagę zasługują jednak dwa przypadki: nowo założone spółki o kapitale zakładowym zbliżonym do ustawowego minimum oraz spółki o majątku stanowiącym nieznaczną część ich bieżących zobowiązań. W obydwu wypadkach ryzyko niewypłacalności staje się ponadprzeciętne, co w połączeniu z poprzednimi kryteriami dawać może podstawę do podejrzenia, iż wspólnicy mogą mieć na celu pokrzywdzenie wierzycieli.

W opracowaniach amerykańskich i niemieckich nieustannie pojawia się problem winy wspólnika. Należałoby ten element wskazać jako kolejną przesłankę zastosowania doktryny. U podłoża instrumentalnego wykorzystania spółki, doprowadzenia do oszustwa czy podstępny leży zatem przekonanie wspólnika, iż z jednej strony prawo zapewnienia mu ochronę przed pociągnięciem do odpowiedzialności osobistej, ze względu na brak jego odpowiedzialności za zobowiązania spółki, a z drugiej strony wola podejmowania działań, które niosą znaczne ryzyko pokrzywdzenia wierzycieli. Ze względu na powyżej wymienione czynniki, wina wspólnika odgrywa znaczną rolę w przypadku np. wspólnika, który notorycznie zakłada spółki o powyższych cechach w celu pokrzywdzenia wierzycieli, a nie powinno się jej przypisywać osobie, która rozpoczęła prowadzenia swojego przedsiębiorstwa w formie małej spółki kapitałowej, ale skutek niepowodzenia przedsięwzięcia, zakończyło

się ono bankructwem spółki z niespłaconymi długami. Oczywiście, te bardzo ogólne sformułowania należy zawsze analizować *in concreto*.

Jak wykazano w omówieniu propozycji doktrynalnych, w podrozdziale 4.1., tym co stanowi szczególny problem jest wskazanie podstawy prawnej doktryny PCV. O ile możliwe jest samo nakreślenie kryteriów, w przypadku zaistnienia których mogłaby ona znaleźć zastosowanie, o tyle bez wskazania mechanizmów prawnych jest to niewystarczające. Koncepcja zastosowania art. 5 k.c. wydaje się być trudna do wprowadzenia, ze względu na przeważające poglądy co do charakteru tego środka, z którymi trzeba się zgodzić, a wydaje się także, iż użycie go celem przełamania zasady braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki byłoby zbyt daleko idące. Najbliższym, acz niedoskonałym substytutem doktryny PCV *de lege lata* jest art. 415 k.c. Co prawda odpowiedzialność deliktowa służy do uzyskiwania odszkodowania za poniesioną szkodę, a nie egzekwowania zobowiązań wierzycieli, ale konstrukcyjnie są to instytucje zbliżone, gdyż są to środki stosowane przez sąd zawsze *in concreto*. W sytuacji jednak wykazania, iż wspólnik oddziaływał na spółkę tak, iż wskutek tego nie wypełniła ona swego zobowiązania wobec wierzyciela, przez co poniósł on szkodę, przez co na wspólnika nałożony zostanie obowiązek wyrównania owej szkody, uzyskujemy efekt zbliżony do pominięcia odrębnej osobowości prawnej spółki. Podstawowym mankamentem jednak instytucji z art. 415 k.c. jest to, iż w przeciwieństwie do doktryny PCV, nie dochodzi tu do podstawienia wspólnika w miejsce spółki w stosunku zobowiązaniowym łączącym spółkę z jej wierzycielami. Ma to oczywiście przełożenie na dochodzenie odpowiedzialności kontraktowej. Pozostałe instytucje, takie jak skarga pauliańska, czy bezskuteczność względna z art. 59 k.c., są zbyt wąskie w zastosowaniu, bowiem przede wszystkim ograniczają się do przesunięć majątkowych, co rzutuje na ich ograniczoną przydatność. Bez zmian w doktrynie i orzecznictwie w chwili obecnej trudno będzie o implementację doktryny PCV do polskiego prawa. Impulsem ku temu mogłyby być np. reformy prawa spółek, które cechowałoby pomniejszenie roli dotychczasowych instrumentów ochrony wierzycieli.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Obecnie w ustawodawstwie kontynentalnym istnieje trend, trwający od kilkunastu lat, likwidowania bądź osłabiania instytucji kapitału zakładowego, przebudowując spółki kapitałowe na wzór angielskiej Ltd. (*private company limited by shares*). Zmiany tego typu znaleźć możemy we Francji, Niemczech, Holandii czy Finlandii. W Polsce powstał termin sp. z o.o. "light" określający owe zjawisko, a w kraju toczyła się w ostatnich latach dyskusja nad potrzebą zmian w tym kierunku. Podjęto także prace nad przebudową polskiej sp. z o.o. w postaci [zasadniczo] likwidacji kapitału zakładowego, wprowadzenia udziałów beznominałowych oraz tzw. testu wypłacalności spółki (zaczepniętego z systemu *common law*), a choć reformę ostatecznie zarzucono

## 5. Zakończenie

Jak dowodzą powyższe rozważania, paradoksalnie znacznie prostszym zadaniem jest wskazanie w jakich okolicznościach w polskim systemie prawa spółek mogłaby mieć zastosowanie doktryna *piercing the corporate veil*, aniżeli sama próba jej implementacji. Próba obejścia zasady, w myśli której wspólnicy spółek kapitałowych nie odpowiadają za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli wywołuje liczne komplikacje, a ewentualna próba jej przełamania w drodze wprowadzenia ustawowych wyjątków, byłaby niepożądana ze względów nie tylko prawnych, ale i ekonomicznych. Skłania to do wniosku, iż doktryna PCV powinna pozostać w rękach sądownictwa i móc być stosowana tylko w przypadku zrealizowania określonych kryteriów.

Kierując się doświadczeniami amerykańskimi i niemieckimi wskazać można, iż doktryna PCV powinna zostać ograniczona do spółek kapitałowych o wąskim gronie wspólników o charakterze spółek prywatnych. Spółka taka musi być podporządkowana interesom wspólników do tego stopnia, iż nie sposób mówić w jej wypadku o odrębności od wspólników. Spółkę taką musi cechować niedokapitalizowanie. Wspólnikom, którzy posłużyli się spółką w celu pokrzywdzenia wierzycieli, należy udowodnić winę.

Jedynie odpowiedzialność deliktową z art. 415 k.c. można w chwili obecnej poczytywać za środek o pewnych znamionach doktryny PCV, z uwzględnieniem jednak jego ograniczeń. Bez zmian doktrynalnych, w chwili obecnej posłużenie się art. 5 k.c. w tym celu jest wątpliwe, gdy inne wysuwane przez doktrynę rozwiązania tylko w wąskim zakresie mogą nawiązywać do istoty *piercing the corporate veil*.

\* \* \*



**About the implementation of “piercing the corporate veil” doctrine into Polish company law and the criteria of its application.**

**Summary:** This paper describes whether it is possible to introduce the “piercing the corporate veil” (PCV) doctrine, which allows to hold shareholders of a company liable for the company’s debts toward creditors, into Polish company law. The point of departure is the analysis of the nature of the legal personhood and the relations between shareholders, a company and third parties. Afterwards, solutions and basic concepts of PCV originating from American and German law are presented. The article also contains a review of various proposals made by Polish legal scholars in regard to the potential shape of PCV under Polish law. All of these elements serve as material to present potential criteria the fulfillment of which would allow the corporate veil between the company and its shareholders to be lifted.

**Key words:** Piercing the corporate veil, company law, share-holding company.

**Sylwia Nowak\***

## **Niedokończone sprawy spółki jawnej po jej wykreśleniu z rejestru z perspektywy obowiązków jej wspólników.**

### **Streszczenie**

Poniższy artykuł odnosi się do wybranych problemów, jakie pojawiają się po wykreśleniu spółki jawnej z rejestru. Przede wszystkim na gruncie przepisów Kodeksu spółek handlowych została rozważona odpowiedzialność byłych wspólników względem niezaspokojonych wierzycieli spółki już po utracie przez spółkę bytu prawnego czy to w procesie likwidacji czy innym uzgodnionym przez wspólników. Odniesiono się również do możliwości nadawania wyrokom zapadłym przeciwko spółce klauzuli wykonalności przeciwko jej wspólnikom już po wykreśleniu spółki z KRS. Skoncentrowano się przede wszystkim na analizie pozycji wierzycieli oraz byłych wspólników spółki w kontekście orzeczeń sądowych oraz poglądów doktryny. Biorąc pod uwagę brak regulacji tego problemu w Kodeksie spółek handlowych zaproponowano również rozważenie wprowadzenia *de lege ferenda* przepisów, które w sposób jednoznaczny regulowałyby powyższe problemy.

**Słowa kluczowe:** Spółka jawna, rejestr, wspólnicy, Kodeks spółek handlowych.

---

\* Autorka jest absolwentką Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

## **1. Wprowadzenie**

Możliwość zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki jawnej nie budzi zastrzeżeń. Według Kodeksu spółek handlowych<sup>1</sup> (dalej k.s.h.) momentem utraty przez spółkę jawną bytu prawnego jest jej wykreślenie z rejestru. Co do zasady czynności podjęte w celu wykreślenia spółki jawnej z Krajowego Rejestru Sądowego (dalej KRS) powinny uregulować wszystkie sprawy spółki m.in. powinno dojść do spłacenia wierzycieli, ściągnięcia wierzytelności spółki, podziału jej majątku itp. Jednak przed sądami pojawiają się sprawy dotyczące majątku spółki jawnej, która została wykreślona z rejestru. Rozważenia wymagają zagadnienia takie jak możliwość wykreślenia z KRS spółki jawnej, przeciwko której toczy się proces czy nadanie klauzuli wykonalności przeciwko byłym wspólnikom w sytuacji, w której spółka jawna uległa rozwiązaniu. Powyższe zagadnienia nie zostały uregulowane przepisami prawa. Również doktryna, jak dotąd, nie wypracowała kompleksowego rozwiązania zaprezentowanych problemów, z którymi zmaga się judykatura, a które mają duże znaczenie praktyczne, szczególnie dla byłych wspólników i ich wierzycieli. Ze względu na powszechne odnoszenie się orzecznictwa do przepisów już nieobowiązującego Kodeksu handlowego<sup>2</sup> (dalej k.h.) przy rozstrzyganiu spraw zaistniałych już pod rządami k.s.h. przydatne wydaje się, choć w wąskim zakresie przypomnienie konstrukcji spółki jawnej na gruncie k.h. Niniejsza praca, ze względu na jej objętość, nie wyczerpuje ani nie odnosi się do wszystkich problemów, jakie występują w tej materii. Ma ona za zadanie jedynie nakreślić ramy przywołanego zagadnienia i podać przykładowe rozwiązania wypracowane w orzecznictwie i doktrynie.

## **2. Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki jawnej na gruncie k.h.**

Zgodnie z art. 85 k.h. każdy ze wspólników odpowiadał solidarnie z pozostałymi wspólnikami i spółką. Art. 141 k.h. ograniczał temporalnie odpowiedzialność wspólników – roszczenia przeciwko nim z tytułu zobowiązań spółki ulegały przedawnieniu z upływem pięciu lat od chwili wykreślenia firmy, chyba że termin przedawnienia roszczenia był krót-

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, tekst jedn.: Dz.U. 2000, Nr 94, poz. 1037, ze zm.

<sup>2</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy, Dz.U.1934, Nr 57, poz. 502, ze zm.

szy. W przypadku roszczeń płatnych dopiero po zarejestrowaniu wykreślenia, termin przedawnienia zaczynał biec od dnia płatności. Spółka jawna nie miała osobowości ani nie była tzw. ułomną osobą prawną. Doktryna wskazywała, że nie ma wyodrębnionego majątku spółki, a jedynie między wspólnikami istnieje majątek do niepodzielnej ręki.<sup>3</sup> Proces przeciwko spółce był jednocześnie procesem przeciwko jej wspólnikom.<sup>4</sup>

### **3. Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki jawnej na gruncie k.s.h.**

Chociaż w czasie prac nad k.s.h. przyjęto zasadę kontynuacji, to aby powstrzymać proces zanikania spółek osobowych, legislatorzy zdecydowali się m.in. na gruntowną modyfikację odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki. Zgodnie z k.s.h. spółka jawna jest ułomną osobą prawną posiadającą odrębny od wspólników majątek, a ci ostatni odpowiadają za jej zobowiązania solidarnie i subsydiarnie.<sup>5</sup> Chociaż odpowiedzialność wspólników jest kwestią mocno dyskusyjną, to przyjmuje się, że wspólnicy spółki jawnej odpowiadają za zobowiązania „cudze”. Według przeważającej części doktryny wierzyciele spółki nie stają się automatycznie wierzycielami wspólników, bowiem wspólnicy odpowiadają za dług podmiotu trzeciego, jakim jest spółka.<sup>6</sup> Proces przeciwko spółce nie jest jednocześnie procesem przeciwko jej wspólnikom.<sup>7</sup> Odpowiedzialność wspólników jest odpowiedzialnością akcesoryjną i gwarancyjną. Zgodnie z poglądem SN to spółka w pierwszej kolejności odpowiada za długi – subsydiarność wyprzedza solidarność. Zasada subsydiarności wyznacza chwilę, od której odpowiedzialność jest solidarna.<sup>8</sup> Jednocześnie subsydiarność

---

<sup>3</sup> S. Sołtysiński/R.Gawałkiewicz [w:] Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja, *Komentarz KSH, t. I.* wyd. 3, Warszawa 2012, s. 620.

<sup>4</sup> M. Allerhand, *Kodeks handlowy komentarz*, Lwów 1935, s. 182-184.

<sup>5</sup> Rządowy projekt ustawy - Kodeks spółek handlowych, Druk Nr 1687, Uzasadnienie projektu s. 2; 14-15; 29 <http://orka.sejm.gov.pl/>.

<sup>6</sup> J. Strzępka/E. Zielińska [w:] J.Strzępka (red.) *KSH. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2015, s. 119.

<sup>7</sup> Zob. post. SN z 21 lipca 2006 r. ( III CSK 164/06, Lex Nr 355404) oraz post. SN z 21 lipca 2006 r. ( III CSK 164/06, Lex Nr 355404).

<sup>8</sup> Zob. wyr. SN z 16 czerwca 2010 r. ( I CSK 453/09, Lex Nr 607234).

wyrażoną w art. 31 § 1 k.s.h. osłabia tzw. rozszerzona prawomocność wyroku zawarta w art. 778<sup>1</sup> k.p.c.<sup>9</sup>.

#### **4. Sprawy „niedokończone” ujawnione po rozwiązaniu spółki jawnej poprzez likwidację**

Likwidacja to jeden z przewidzianych w k.s.h. sposobów doprowadzenia do wykreślenia spółki jawnej z rejestru. Zgodnie z art. 77 § 1 k.s.h. ma ona na celu zakończenie bieżących interesów spółki, ściągnięcie wierzytelności, a także wypełnienie zobowiązań i upłynnienie majątku spółki. Proces likwidacji w myśl art. 81 i 82 k.s.h. kończy się, gdy wierzytelności zostaną ściągnięte, długi spłacone, likwidatorzy sporządzą bilans, a ewentualną nadwyżkę rozdzieli się między wspólników.<sup>10</sup>

Chronologicznie pierwszym problemem jest odpowiedź na pytanie czy można wykreślić z rejestru spółkę przed prawomocnym zakończeniem postępowania przeciwko niej. Jeden z poglądów doktryny na powyższe zagadnienie udziela odpowiedzi twierdzącej, z zastrzeżeniem, że możliwość taka istnieje, jeśli likwidatorzy zakończyli czynności likwidacyjne z art. 77, 81 – 83 k.s.h. Sąd powinien w takim wypadku, przyjmując analogię z art. 174 § 1 pkt 1 k.p.c., zawiesić postępowanie, jednak byłych wspólników nie powinno się traktować jak spadkobierców, chociaż odpowiadają oni nadal za zobowiązania wykreślonej spółki zgodnie z dyspozycją art. 22 § 2 k.s.h.<sup>11</sup> Drugi, bliźniaczy do powyższego pogląd idzie o krok dalej i przyjmuje, iż proces, który toczy się przeciw spółce, nie jest przeszkodą do wykreślenia spółki z rejestru, gdyż wierzyciele nadal będą mogli zwracać się o zaspokojenie do byłych wspólników. Natomiast spory sądowe mogą trwać długo i nie należy nimi blokować wykreślenia spółki z rejestru.<sup>12</sup>

Pogląd przeciwny, który wydaje się bardziej słuszny, wskazuje na subsydiarną odpowiedzialność, jaką ponoszą wspólnicy. Ustanie bytu prawnego spółki jawnej, a do tego bezdyskusyjnie prowadzi jej wykreślenie z rejestru, powoduje utratę cechy bycia stroną

---

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964, Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn.: Dz.U. 1964, Nr 43, poz. 296, ze zm.

<sup>10</sup> S. Sołtysiński/R.Gawałkiewicz [w:] Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja, *Komentarz...* s.665.

<sup>11</sup> S. Sołtysiński [w:] A. Szajkowski, *System, t. XVI*, Warszawa 2008, s. 838.

<sup>12</sup> M. Rodzyńkiewicz, *KSH. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 144.

w postępowaniu.<sup>13</sup> Jednocześnie w orzecznictwie podkreślone zostało, iż odpowiedzialność subsydiarna wspólników spółki jawnej za zobowiązania spółki trwa tak długo, jak długo istnieje zobowiązanie tego podmiotu.<sup>14</sup> Ponadto, gdyby sprawa została wszczęta przeciwko byłym wspólnikom, trzeba by rozstrzygać o odpowiedzialności podmiotu trzeciego, jakim jest spółka, w sytuacji, gdy nie uczestniczy ona w procesie, ponieważ przestała istnieć.<sup>15</sup> Czyli *de facto* dopuszczamy do istnienia zobowiązania bez podmiotu zobowiązanego. Również jednolita linia orzecznicza NSA stoi na stanowisku, że byli wspólnicy nie mają interesu prawnego w kontynuowaniu postępowania dotyczącego spółki wykreślonej z rejestru.<sup>16</sup> Dodatkowo, według mnie, zakończenie likwidacji przed zakończeniem procesu czy procesów spółki narażałoby likwidatorów na zarzut niewłaściwego przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, ponieważ, jak już wyżej wspomniałam, likwidacja ma na celu zakończenie spraw spółki – nie można natomiast rozsądnie mówić, iż proces ten dobiegł końca w sytuacji, gdy ciągle toczą się postępowania, w których spółka bierze udział jako strona, a każde rozstrzygnięcie, choćby w minimalny sposób będzie oddziaływać na majątek spółki.

W doktrynie bardzo pobieżnie odniesiono się do sytuacji, w której po wykreśleniu spółki jawnej z rejestru zostanie ujawniony majątek, który nie był przedmiotem postępowania likwidacyjnego. Część doktryny uważa, że w takim wypadku wykreślenie z KRS było przedwczesne i uprawnione jest twierdzenie, iż spółka istnieje nadal. Wykreślenie jej z rejestru pozostawało w sprzeczności z art. 84 § 1 k.s.h., co pociąga za sobą potrzebę wznowienia postępowania likwidacyjnego – wskazuje się tu np. na art. 524 k.p.c. jako podstawę wznowienia. Jednocześnie komentatorzy zastrzegają, iż nieobjęty likwidacją składnik majątku powinien być odpowiednio wartościowy.<sup>17</sup> Niejasnością tego rozwiązania jest od-

---

<sup>13</sup> W. Pyziół [w:] W. Pyziół (red.), *KSH. Komentarz*, Lex Nr 9014.

<sup>14</sup> Zob. wyr. SA w Białymstoku z 12 września 2006 r. (I ACa 340/06 Lex 208151).

<sup>15</sup> W. Pyziół, [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 82-83.

<sup>16</sup> Zob. wyr. WSA w Krakowie z 9 lipca 2008 r. (I SA/Kr 241/08, Lex Nr 485339) oraz wyr. NSA z 9 lutego 2010 r. (I FSK 1984/08, Lex Nr 591042), a także post. NSA z 4 kwietnia 2013 r. (I GSK 344/13, Lex Nr 1320393), w którym NSA stwierdził: „Skoro zgodnie z przepisami prawa materialnego, podatnikiem podatku akcyzowego jest spółka jawna, to w momencie jej likwidacji - wykreślenia z KRS - wspólnicy tracą legitymację do występowania w postępowaniu dotyczącym zobowiązań spółki, w tym do składania odwołań od decyzji kierowanych do spółki, jak również nie nabywają automatycznie statusu strony jako byli wspólnicy zlikwidowanej spółki w postępowaniu sądowoadministracyjnym, gdyż nie są następcami prawnymi spółki jawnej, a jedynie osobami trzecimi.”

<sup>17</sup> S. Sołtysiński/R. Gawałkiewicz, *Komentarz...*, s. 670 oraz <sup>17</sup> S. Sołtysiński [w:] A. Szajkowski, *System...*, s. 838.



powieź na pytanie, kto byłby uprawniony do oceny wykrytego *ex post* majątku, aby nie narażać byłych wspólników na przeprowadzanie postępowania, którego koszt będzie większy niż wartość nieobjętego likwidacją składnika majątku spółki. Dodatkowo nie jest oczywiste czy likwidowaniem przeoczonego składnika mieliby się zajmować likwidatorzy z wcześniejszego postępowania likwidacyjnego, czy wspólnicy mogliby na nowo zdecydować o obsadzeniu stanowisk likwidatorów. Nierozstrzygnięte pozostaje także pytanie o to, kto miałby legitymację do wniesienia wniosku o wznowienie postępowania likwidacyjnego. Ponadto powyższy pogląd nie eliminuje problemu majątków „niczych”, gdyż koncepcja wznowienia postępowania likwidacyjnego miałaby się odnosić do majątku o większej wartości. Pozostaje pytanie o to, co zrobić w sytuacji, gdy pominięty składnik takiej przesłanki nie spełnia.

Inny pogląd prezentowany w doktrynie uznaje wykreślenie spółki jawnej z rejestru za akt definitywny, na którego ważność i skuteczność nie może wpływać znalezienie, już po utracie przez spółkę bytu prawnego, składników majątkowych. W takiej sytuacji, zdaniem części doktryny, należałoby ustanowić kuratora dla nowo odkrytych składników majątku.<sup>18</sup>

## **5. Inny sposób zakończenia działalności spółki**

Drugim obok likwidacji trybem rozwiązania spółki jest inny uzgodniony przez wspólników sposób zakończenia działalności spółki. Figura ta, przejęta z k.h., jest na gruncie k.s.h. maksymalnie niezdefiniowana, co powoduje liczne wątpliwości co do tego, czym może być ów inny sposób i jakie pociąga konsekwencje. Dobrym tego przykładem są dwa judykaty wydane przez SN w 2005r.<sup>19</sup> Oba dotyczą tego samego kręgu podmiotów i takiej samej sytuacji faktycznej: w toku postępowania międzyinstancyjnego spółka jawna została wykreślona z rejestru – powstał problem czy jej byli wspólnicy mają legitymację do występowania w procesie. SN w wyroku z 28 października 2005 r. stanął na stanowisku, iż m.in. ze względu na bezpieczeństwo obrotu art. 67 k.s.h. należy tak wyklądać, że wspól-

---

<sup>18</sup> G. Nita – Jagielski [w:] J.Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *KSH, Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2014, s. 223.

<sup>19</sup> Zob. wyr. SN z 28 października 2005 r. ( II CSK 275/05, Lex Nr 197945) oraz post. SN z 10 listopada 2005 r. ( II CK 320/05, Lex Nr 186819).

nicy decydujący się na inny sposób niż likwidacja mają obowiązek wskazać sukcesora lub sukcesorów generalnych spółki inaczej, bowiem dotychczasowe procesy spółki należałoby wygaszać, a majątek spółki traktować jako majątek niczyj. Jeśli uchwała nie wskazuje na takiego sukcesora, to przyjąć należy, iż stają się nimi wszyscy wspólnicy spółki. Orzeczenie to doczekało się aprobowanej glosy.<sup>20</sup> Glosator podkreślał, że inny sposób zakończenia działalności spółki nie może godzić w bezpieczeństwo obrotu i pogarszać sytuacji wierzycieli spółki, a sytuacja wspólników przypomina tę sprzed wpisu spółki do rejestru, gdzie wspólnicy ponoszą odpowiedzialność osobistą nieograniczoną i pierwszorzewną. Po wyroku wydanym przez SN 28 października, 10 listopada SN wydał postanowienie, w którym odszedł od linii orzeczniczej przedstawionej w wyroku z października i uznał wykreślenie spółki jawnej z KRS za powód utraty przez spółkę zdolności sadowej. Spowodowało to konieczność zawieszenia postępowania z urzędu, nie przesądzając jednak czy postępowanie będzie mogło być podjęte, a byli wspólnicy wstąpią w miejsce spółki, czy też zawieszenie doprowadzi finalnie do umorzenia postępowania.

Według mnie, pogląd ten należy skrytykować, ponieważ wspólnicy odpowiadają za dług cudzy, odpowiedzialność ta jest więc limitowana przez istnienie zobowiązania po stronie spółki. „W razie, gdy spółka traci byt prawny gasną także jej długi, a tym samym bezprzedmiotowa staje się odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki”.<sup>21</sup> Wypada jeszcze raz podkreślić, iż konstrukcja odpowiedzialności wspólników zasadza się na akcesoryjności i istnieje dopóty, dopóki istnieje zobowiązanie samej spółki. Nie ma ponadto przepisu, który wskazywałby na wspólników, jako na sukcesorów spółki odpowiadających po wykreśleniu spółki z rejestru za dług własny. Judykatura wskazuje tu na art. 67 § 1 k.s.h., ale, w mojej opinii, przepis ten jedynie nakreśla dwie możliwości rozwiązania spółki - likwidację lub inny ustalony przez wspólników sposób. Z przepisu tego nie sposób wywieść wniosku jakoby wspólnicy stawali się sukcesorami generalnymi spółki. Sądy zmuszone rozstrzygnąć zawisłe przed nimi spory, z uwagi na brak odpowiedniej regulacji w przepisach, dokonały rozumowania abdukcyjnego, które doprowadziło do przekształcenia byłych wspólników w sukcesorów spółki. Dostrzegając fakt, iż orzecznictwo kierowało się słusznymi pobudkami, takimi jak chęć ochrony bezpieczeń-

---

<sup>20</sup> A. Kidyba, *Sukcesja praw i obowiązków w związku z likwidacją spółki jawnej*, Glosa 2006, Nr 4, s. 39 – 43.

<sup>21</sup> Zob. wyr. SN z 24.07.2009r. (II CSK 123/09 Lex Nr 528221).

stwa obrotu, czy zasadami słuszności, to jednak wkroczone w kompetencję władzy ustawodawczej. Orzecznictwo bowiem samodzielnie narzuciło na byłych wspólników odpowiedzialność za długi podmiotu wykreślonego z rejestru. Dla mnie, byli wspólnicy mogliby zostać sukcesorami spółki, gdyby to wynikało z przepisów ustawowych, a nie z mocy orzeczenia sądu. Taką odpowiedzialność ustawodawca przewidział np. przy przekształceniu spółki osobowej w kapitałową (art. 574 k.s.h.) - wtedy wspólnicy spółki przekształcanej przez okres trzech lat odpowiadają solidarnie ze spółką przekształconą za zobowiązania sprzed przekształcenia. Nawet judykatura, która orzeka o następstwie prawnym wspólników, sama podnosi w uzasadnieniach, iż stanowisko to jest wątpliwe.<sup>22</sup> Ponadto, rozszerzanie odpowiedzialności wspólników przez doktrynę i orzecznictwo także na okres po wykreśleniu spółki jawnej z rejestru, wypacza *ratio legis* jakim kierował się ustawodawca, konstruując solidarną, ale też subsydiarną, odpowiedzialność wspólników. Przypomnijmy, iż celem prawodawcy było zwiększenie dla wspólników atrakcyjności spółki jawnej w porównaniu z tym, co oferował k.h.

Przyjęcie przez orzecznictwo konstrukcji wstępowania byłych wspólników w obowiązki spółki uwidocznilo kolejny problem, a mianowicie kwestię zakresu zarzutów, na jakie mogą się powoływać byli wspólnicy w procesie po wykreśleniu spółki jawnej z rejestru. SN przyjął pogląd, w myśl którego byli wspólnicy nie mogą się powołać na zarzuty, które przysługiwałyby spółce, jeśli w chwili wniesienia pozwu spółka już nie istnieje.

<sup>23</sup> Według SN, z art. 35 k.s.h. wynika, iż zarzut może być podniesiony przez wspólnika tylko o tyle, o ile sama spółka może z niego skorzystać. Jak się wydaje, głównym powodem, dla którego zapadło takie a nie inne rozwiązanie, jest kwestia zarzutu przedawnienia. SN obawiał się bowiem, że byli wspólnicy mogliby podnosić zarzut przedawnienia wierzytelności wobec wykreślonej spółki. Natomiast wobec podmiotu wykreślonego z rejestru, który utracił swój prawny byt, wierzyciele nie mogliby w oparciu o art. 123 § 1 k.c.<sup>24</sup> skutecznie przerwać biegu przedawnienia. Według mnie, jeśli już przyjmujemy odpowiedzialność wspólników po wykreśleniu spółki z rejestru, to właściwsze i odpowiadające zasadzie

---

<sup>22</sup> Zob. post. SN z 29.06.2011r. (IV CSK 473/10, Lex Nr 1102543), w którym SN wprost stwierdził, iż „podjęcie uchwały o rozwiązaniu spółki bez przeprowadzenia jej likwidacji nie prowadzi automatycznie do pojawienia się „sukcesora” spółki”.

<sup>23</sup> Zob. wyr. SN z 10.10.2007r. (I CSK 263/07, Lex Nr 465944).

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jedn.: Dz.U. Nr 16, poz. 93, ze zm.

słuszności byłoby stanowisko, w myśl którego byli wspólnicy mogą się powołać na zarzuty, które przysługiwały spółce do chwili wykreślenia jej z KRS. Takie rozwiązanie z jednej strony zabezpieczałoby wierzycieli przed pochopnym podnoszeniem przez byłych wspólników zarzutu przedawnienia roszczeń przeciwko spółce, a z drugiej strony mogłoby chronić byłych wspólników przed niezasadnymi roszczeniami. Tytułem przykładu, jeśli spółka zaciągnęła zobowiązanie, wypełniła je prawidłowo i została później wykreślona z rejestru, a po jej rozwiązaniu wierzyciel, który otrzymał świadczenie, wytacza proces przeciwko byłym wspólnikom, to zarzut spełnienia świadczenia, który przysługiwał spółce, w czasie procesu przeciwko byłym wspólnikom już nie przysługuje, bo spółka utraciła byt prawny. W takim wypadku, kierując się rozwiązaniem zaproponowanym przez SN, byli wspólnicy nie mogliby podnieść przeciwko nierzetelnemu powodowi zarzutu spełnienia świadczenia, co, w moim odczuciu, byłoby rażąco niesprawiedliwe. Dlatego uważam obecne stanowisko SN za zbyt faworyzujące wierzycieli spółki, całkowicie pomijając przy tym słuszne interesy byłych wspólników.

Doktryna dostrzega problemy ze stosowaniem innego niż likwidacja sposobu zakończenia działalności spółki, zastanawiając się np. nad stosowaniem do przedstawionego zagadnienia przepisów regulujących odpowiedzialność w czasie między podpisaniem umowy spółki jawnej, a jej wpisem do rejestru. Jednak sam autor uważa tę konstrukcję za nader wątpliwą<sup>25</sup>, co należy zaaprobować, gdyż u podstaw obu momentów leżą inne założenia. W czasie między podpisaniem umowy a rejestracją spółki chodzi przede wszystkim o to, by przepisy prawa w sposób sztuczny nie stały na przekór rzeczywistości, w której przyszli wspólnicy, zanim spółka zostanie zarejestrowana, podejmują działania dla tej spółki. Przy rozwiązywaniu spółki natomiast wspólnicy chcą się niejako „uwolnić” od łączącego ich stosunku prawnego, a likwidacja lub inny sposób zakończenia spraw spółki mają im to umożliwić. Bardziej przychyliam się do postulatów, w myśl których k.s.h. powinien przewidywać jedynie likwidację jako podstawę rozwiązania spółki.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> A. Szlęzak, *Ponownie o odpowiedzialności solidarnej wspólników spółki jawnej za zobowiązania spółki – w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, PS 2012, Nr 9.

<sup>26</sup> Zob. zwłaszcza P. Bielski, *Glosa do wyroku SN z dnia 28 października 2005 r.*, II CK 275/05, OSP 2006, Nr 11.

## **6. Klauzula wykonalności przeciwko byłemu wspólnikowi po wykreśleniu spółki jawnej z rejestru**

Art. 778<sup>1</sup> k.p.c. stanowi, iż tytułowi egzekucyjnemu wydanemu m.in. przeciwko spółce jawnej, sąd nadaje klauzulę wykonalności przeciw wspólnikowi, który odpowiada za zobowiązania spółki bez ograniczeń całym swoim majątkiem o ile egzekucja przeciw spółce okaże się bezskuteczna albo jest oczywiste, że egzekucja będzie bezskuteczna. W związku z tym przepisem przed sądem zawisła sprawa, w której wierzyciele wykreślonej z rejestru spółki jawnej domagali się nadania przeciwko jej byłym wspólnikom klauzuli wykonalności, bowiem przeciw spółce zapadł wyrok, jednak zanim został on wykonany, to spółkę wykreślono z rejestru. SN w uchwale zajął stanowisko, zgodnie z którym: „Wykreślenie spółki jawnej z rejestru przedsiębiorców nie wyłącza nadania na podstawie art. 778<sup>1</sup> k.p.c. tytułowi egzekucyjnemu wydanemu przeciwko spółce klauzuli wykonalności przeciwko wspólnikowi ponoszącemu odpowiedzialność za zobowiązania wymienione w tytule egzekucyjnym”.<sup>27</sup>

Swoje stanowisko SN uzasadnił tym, że:

- a. sam fakt wykreślenia spółki jawnej z rejestru nie wpływa na odpowiedzialność wspólników,
- b. dla nadania klauzuli wykonalności jest wystarczające by podmiot, przeciwko któremu ma być nadana klauzula, posiadał status wspólnika w chwili powstania zobowiązania albo wstąpił do spółki,
- c. nie ma powodu by pod względem odpowiedzialności za długi spółki odróżniać „aktualnych” od „byłych” wspólników.

Przytoczona uchwała moim zdaniem słusznie została poddana krytyce. W doktrynie<sup>28</sup> wskazuje się, iż art. 778<sup>1</sup> k.p.c. jest to norma o charakterze wyjątkowym, więc użyte w niej słowo wspólnik nie powinno być interpretowane rozszerzająco i rozciągane również na byłych wspólników. Ponadto, wcześniejsza uchwała SN wskazuje, iż sprzeczne z regu-

---

<sup>27</sup> Zob. uchw. SN z 04 września 2009 r. (III CZP 52/09, OSNC 2010, Nr 3, poz. 38).

<sup>28</sup> Zob. głosę krytyczną – A. Mączyński, *Nadanie na podstawie art. 778<sup>1</sup> k.p.c. klauzuli wykonalności przeciwko wspólnikowi ponoszącemu odpowiedzialność bez ograniczenia całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki osobowej*, Glosa 2014, Nr 1, s. 56 – 62.

łami logiki byłoby utożsamianie wspólnika z byłym wspólnikiem.<sup>29</sup> Do rozstrzygnięcia powyższego problemu nie jest wystarczające poprzestanie na wyjaśnieniu pojęcia wspólnik, bowiem niestety ustawodawca nie posługuje się nim w sposób konsekwentny i jednoznaczny. O ile w art. 10 § 3 k.s.h. mamy rozróżnienie na wspólnika występującego ze spółki oraz przystępującego do niej, to już w art. 84 § 4 k.s.h. spotykamy się ze stwierdzeniem, że wspólnik ma prawo przeglądać księgi i dokumenty rozwiązanej spółki. Jaki wspólnik? Po rozwiązaniu spółki możemy mówić o byłym wspólniku, więc albo słowo wspólnik użyte w tym artykule jest pojęciem pustym albo ustawodawca ma na myśli byłego wspólnika (pogląd większościowy). Według mnie, za niedopuszczalnością nadawania klauzuli wykonalności przeciwko byłym wspólnikom w sytuacji, gdy spółka uległa wykreśleniu z rejestru, przemawia fakt, iż nie została spełniona przesłanka bezskuteczności lub oczywistej bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce. Jak się wskazuje w doktrynie, aby móc mówić o bezskuteczności lub oczywistej bezskuteczności egzekucja musi w ogóle być możliwa do przeprowadzenia, a bezskuteczność wyraża się w tym, że wierzyciele nie uzyskają dzięki niej zaspokojenia swych roszczeń. Tymczasem, po wykreśleniu spółki z rejestru, z uwagi na brak podmiotu, egzekucja nie mogłaby być w ogóle wszczęta.<sup>30</sup> Ponadto, według mnie, zbyt drastycznie pogarszałoby to sytuację byłych wspólników, którzy w swojej obronie mogliby wnieść jedynie zażalenie na nadanie klauzuli wykonalności lub powództwo przeciwegzekucyjne, jednak ze względu na stanowisko orzecznictwa nie mogliby się powoływać na zarzuty, które przysługiwały spółce. Z drugiej strony, nie można zapominać o wierzycielach spółki, których roszczenie powinno zostać zaspokojone, skoro uzyskali korzystny dla nich wyrok sądowy. Nie można bowiem godzić się na to, by wykreślenie spółki z rejestru mogło stanowić drogę ucieczki przed koniecznością zaspokojenia wierzycieli spółki.

---

<sup>29</sup> Zob. uchw. SN z 18 grudnia 2008r. ( III CZP 126/08, OSNC 2009/11, poz. 150). Uchwała dotyczy wprowadzie postępowania upadłościowego, jednak SN prowadzi w jej uzasadnieniu ciekawe rozważania na temat pozycji wspólnika spółki jawnej.

<sup>30</sup> S. Sołtysiński/R.Gawałkiewicz [w:] Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja, *Komentarz...*s.668.



## 7. Podsumowanie

Przedstawione problemy jednoznacznie wskazują na nagłą potrzebę refleksji ustawodawczej nad trybami rozwiązania spółki jawnej oraz ustalenia reguł postępowania w przypadkach, w których pomimo wykreślenia spółki z rejestru pozostały jeszcze jej długi, wierzytelności czy też składniki majątkowe niewzięte pod uwagę podczas czynności mających na celu rozwiązanie spółki. W 2007 r. złożona została nawet interpelacja poselska, która, wskazując, iż brak rozwiązań normatywnych w kwestii ewentualnego wstępowania lub nie wstępowania byłych wspólników spółki w jej prawa, narusza zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa. Niestety prawodawca nie zechciał zająć się tą sprawą.<sup>31</sup> Natomiast sądy powszechne szukają rozwiązania problemu na poziomie zasad słuszności, które jednak, jak się wydaje, nie mają oparcia w przepisach prawa.<sup>32</sup> Powoduje to niepewność prawa, a byli wspólnicy nie mogą znaleźć kompletnej i jasnej odpowiedzi na pytanie, jaki jest ich status po wykreśleniu spółki z rejestru.

\* \* \*

**The uncompleted businesses of a general partnership after its crossing out from the register from a perspective of the duties of its associates.**

**Summary:** This article addresses the problems and confusions which appear after the deletion of a general partnership from the register. First of all this article describes the responsibility of a former partner with regard to creditors of the general partnership after the crossing out of the partnership from the register. After that the writ of execution against the shareholder is analyzed. The author focuses primarily on analyzing the position of the former partners and of the creditors, in the context of the judgments and resolutions of the Supreme Court. Those matters are not fully regulated in the Commercial Companies Code and there is no uniform view of them among legal scholars. This article proposes to consider the introduction of new legislation which could resolve the existing doubts.

**Key words:** General partnership, register, associates, Commercial Companies Code.

---

<sup>31</sup> Interpelacja nr 7799 do ministra sprawiedliwości w sprawie możliwości nowelizacji ustawy Kodeks spółek handlowych, <http://orka2.sejm.gov.pl/> - wnioskodawcy za poparciem swojego stanowiska wskazywali dwa, ich zdaniem sprzeczne, orzeczenia SN z 28 października 2005 r. (CK 275/05) i 10 listopada 2005 r. (II CK 320/05), a w odpowiedzi zostało stwierdzone, iż między wyrokiem SN, a postanowieniem SN brak jest sprzeczności i nie ma potrzeby rozpoczynać prac legislacyjnych w tym kierunku.

<sup>32</sup> W. Pyzioł, [w:] W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 82-83.

**Łukasz Chyla, Justyna Glinka\***

## **Problematyka zdolności arbitrażowej w perspektywie sporów uchwałowych w spółkach kapitałowych.**

### **Streszczenie**

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie Czytelnikom problematyki w zakresie sporów o wadliwość uchwał organów (szczególnie ich nieważność) w spółkach kapitałowych przez pryzmat obecnych rozwiązań oraz postulatów *de lege ferenda*. Rozważania przeprowadzone są przede wszystkim z perspektywy możliwości jakie daje w tym zakresie prawo arbitrażowe.

Problematykę tych sporów zdominowała dyskusja na temat konstytutywnego bądź deklaratoryjnego charakteru wyroku sądu (na gruncie powództwa z art. 252 § 1 oraz art. 425 § 1 k.s.h.) oraz kwestia dopuszczalności odpowiedniego stosowania przepisów o zaskarżaniu uchwał organów właścicielskich do uchwał organów menedżerskich spółki. Przyjęte rozwiązania nie eliminują problemu niepewności obrotu gospodarczego, co skłania Autorów do zwrócenia uwagi na zalety płynące w tym zakresie z arbitrażu korporacyjnego.

Artykuł analizuje dopuszczalność poddania w/w sporów kognicji sądów polubownych oraz próbuje udzielić odpowiedzi na pytanie poprzez jakie kroki prawne ustawodawca powinien odnieść się do istniejącego stanu rzeczy by uciąć kontrowersje związane zarówno ze zdolnością arbitrażową jak i ugodową tychże sporów.

**Słowa kluczowe:** Arbitraż, spory uchwałowe, spółki kapitałowe, Kodeks spółek handlowych.

---

\* Autorzy są absolwentami prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

## 1. Spory uchwalowe a bezpieczeństwo obrotu gospodarczego

Nie istnieje chyba aspekt prawa gospodarczego, dla którego stabilność obrotu wraz z dobrą wiarą nie byłaby ważna przez wzgląd na prywatnoprawne stosunki stron w nim uczestniczących. W świecie, gdzie większość transakcji krajowych i międzynarodowych zawierana jest przy udziale konsorcjów i grup spółek (szczególnie w perspektywie negocjowanych traktatów TTIP<sup>1</sup> i TPP<sup>2</sup>), do najbardziej godzących w pewność obrotu handlowego zaliczamy spory korporacyjne, a zwłaszcza spory uchwalowe. Ich doniosłość odzwierciedla ryzyko, że konkretne rozstrzygnięcie prawne wpłynie na istotny wycinek działalności gospodarczej spółki, której dotyczy (zwłaszcza spółek czyisto kapitałowych, tzn. akcyjnych). Będzie to szczególnie znamienne w przypadku szerokiego spectrum wadliwości dotyczących uchwały organów spółki (uważanych za trzeci rodzaj czynności prawnych<sup>3</sup>, obok czynności jednostronnych i umów). Tzw. „spory uchwalowe”<sup>4</sup> to zazwyczaj punkt wyjścia dla konfliktów paraliżujących funkcjonowanie, rozwój czy nawet rynkową wycenę osoby prawnej działającej przez swoje organy. Litera prawa, mimo doniosłych reform na gruncie prawa handlowego (wprowadzenie kodeksu spółek handlowych<sup>5</sup>, który zastąpił kodeks handlowy z 1934 r.<sup>6</sup>) w dalszym ciągu nie pozwala na pełne ujednolicenie poglądów i zapewnienie względnej stabilności.

Niniejszy wywód prowadzony metodą „od ogółu do szczegółu” rozpoczyna zasygnalizowanie spornych kwestii związanych z zaskarżaniem uchwał w spółkach kapitałowych. Następnie omówiono instytucję arbitrażu (eksponując jego zalety na tle sądownictwa powszechnego), który Autorzy zgodnie wskazują jako *remedium* pozwalające ograniczyć nie-

---

<sup>1</sup> Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_pl.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_pl.htm).

<sup>2</sup> Trans Pacific Partnership (TPP), <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>.

<sup>3</sup> S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, Wrocław 1985, t. 1, s. 487; E. Marszałkowska-Krześ, *Charakter prawny uchwały*, PPH 1998, nr 6, s. 26. Część doktryny uważa jednakże, że uchwały spółek nie są czynnościami prawnymi, por. S. Wróblewski, *Ustawa o spółdzielniach*, Kraków 1921, s. 79, oraz A. W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach*, t. 3, Warszawa 1993, s. 216 i n.

<sup>4</sup> Szerzej na ten temat G. Suliński, *Rozstrzyganie sporów ze stosunku spółki kapitałowej przez sąd polubowny*, Warszawa 2008, s. 115-258.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz.U.2013.1030 j.t. z późn. zm.

<sup>6</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy, Dz.U. z 1934/57/502.

pewność obrotu związaną z problematyką sporów korporacyjnych. W kolejnych częściach artykułu omówiono rozmaite zagrożenia i przeszkody prawne, które obecnie stawiają pod znakiem zapytania możliwość zastosowania arbitrażu w odniesieniu do sporów uchwałowych. Artykuł zamyka ogólne podsumowanie oraz, w szczególności, wskazanie rozwiązań mogących przezwyciężyć istniejące przeszkody i przyczynić się do upowszechnienia arbitrażu w sporach korporacyjnych.

Istota omawianego sporu znajduje swoje źródło zarówno w zapisach ustawowych (k.s.h.) jak i statucie/umowie spółki, które zobowiązują poszczególne organy (nieposiadające wszakże zdolności do czynności prawnych *per se*) do podejmowania uchwał (czynności konwencjonalnych) w określonym trybie (niedochowanie którego implikuje rozmaite sankcje w postaci kwalifikowanej wadliwości), będących z kolei warunkiem *sine qua non* dla wielu działań gospodarczych spółki (m.in. podwyższenie kapitału zakładowego z art. 431 k.s.h., pozbawienie akcjonariuszy prawa poboru z art. 433 § 1 k.s.h., uchwały z art. 393 k.s.h.). Nieważność lub inna wadliwość takiej uchwały, powodowana co do zasady specyficznym „powództwem derywatywnym”<sup>7</sup> (tzw. *derivative suits*: powództwa o uchylenie lub o stwierdzenie nieważności uchwały), mogłaby potencjalnie doprowadzić do upadku wszelkie umowy zawarte na jej podstawie, a związane z tym skutki mogłyby dotknąć znacznie szerszy krąg podmiotów aniżeli tylko akcjonariuszy i interesariuszy spółki. Długotrwałe postępowania sądowe jedynie potęgują chaos wywołany w szczególności starciem się różnych koncepcji co do charakteru sankcji dotyczących uchwały wydane z naruszeniem prawa. Powyższa perspektywa, pomimo bogatego i względnie jednolitego orzecznictwa sądów powszechnych, a także poglądów doktryny<sup>8</sup>, skłania do znalezienia systemowego *remedium*. Wśród dostępnych dróg nie sposób nie zwrócić się w kierunku arbitrażu, który przeżywa obecnie wyjątkowy rozkwit w transgranicznych stosunkach gospodarczych, znajdując przy tym swoje zaczepienie w licznych międzynarodowych konwencjach (m.in. konwencja nowojorska<sup>9</sup>), regulaminach sądów arbitrażowych (Regulamin KIG<sup>10</sup>, ICC Rules<sup>11</sup>,

---

<sup>7</sup> Najbardziej charakterystyczne obok powództwa akcjonariusza w imieniu poszkodowanej spółki, tzw. *actio pro socio*.

<sup>8</sup> J. Frąckowiak, *Uchwały zgromadzeń wspólników spółek kapitałowych sprzeczne z ustawą*, PPH 2007, Nr 11, str.11 i n.

<sup>9</sup> Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958, Dz. U. Nr 9 z 16.02.1962, poz. 41.

DIS Rules<sup>12</sup>) oraz tzw. international soft laws (Model UNCITRAL Laws<sup>13</sup>, IBA Guidelines<sup>14</sup>). Swoje piętno na międzynarodowym arbitrażu odcisnęły także tzw. UNIDROIT Principles<sup>15</sup>.

## **2. Interpretować czy nowelizować? – spór uchwałowy na gruncie obowiązujących przepisów**

Z punktu widzenia akcjonariuszy i interesariuszy szczególnie żywotnym zagadnieniem jest zaskarżalność uchwał organów spółki. Dotyczy to zarówno organów właścicielskich (zgromadzenie wspólników/walne zgromadzenie), jak i menedżerskich (zarząd, rada nadzorcza, komisja rewizyjna), których uchwały mogą determinować nie tylko rozmaite aspekty wewnątrzorganizacyjne, ale przede wszystkim te dotyczące pozycji czy działań podejmowanych przez spółkę na zewnątrz. W ramach niniejszych rozważań należy zasygnalizować, że obecnie na gruncie przepisów art. 249–254 k.s.h. (dot. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością) oraz art. 422–425 k.s.h. (dot. spółki akcyjnej) istnieje co najmniej kilka obszarów immanentnie związanych z losami wadliwej uchwały.

Na gruncie uchwał organów właścicielskich jest to przede wszystkim problem charakteru prawnego wyroku sądu powszechnego stwierdzającego nieważność uchwały. W doktrynie i orzecznictwie od lat ścierają się dwie główne teorie argumentujące bądź to na rzecz skutku konstytutywnego<sup>16</sup>, bądź to skutku deklaratoryjnego<sup>17</sup> prawomocnego wyroku. Fun-

---

<sup>10</sup> Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie z 01.01.2015, [https://www.sakig.pl/uploads/pdf/regulaminy/regulamin\\_arbitrazowy.pdf](https://www.sakig.pl/uploads/pdf/regulaminy/regulamin_arbitrazowy.pdf).

<sup>11</sup> ICC Rules of Arbitration, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>.

<sup>12</sup> DIS-Arbitration Rules (Regulamin Niemieckiego Instytutu Arbitrażowego), <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/overview-id0>.

<sup>13</sup> *Ustawa modelowa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1985 z późn. zm.* z 2006, [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf).

<sup>14</sup> The International Bar Association (IBA) Guidelines, [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

<sup>15</sup> O tym szerzej E. Brödermann, *The Impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice – the Experience of a German Lawyer* Uniform, Law. Review 2011.

<sup>16</sup> Wyrok SN z dnia 13.02.2004, sygn. II CK 438/02, OSP 2006, nr 5, poz. 53, uchwała SN z 17.02.2004, sygn. III CZP 116/03, OSNC 2005, nr 5, poz. 78, wyrok SN z 16.03.2006 r, sygn. III CSK 32/06, OSP 2007, nr 3, poz. 31, uchwała (7) z dnia 01.03.2007, sygn. III CZP 94/06, OSNC 2007, nr 7-8, poz. 95, wyrok SN

damentem każdej z nich jest konieczność zajęcia stanowiska w sporze o sankcję dotyczącą uchwałę sprzeczną z ustawą. Koncepcja przyjmująca skutek konstytutywny (zwana inaczej koncepcją „unieważnialności” uchwał) polega na przyjęciu, że dopiero wyrok sądu powszechnego decyduje o wyeliminowaniu wadliwej uchwały z obrotu. Do czasu jego uprawomocnienia uchwała jest traktowana jako ważna, co oznacza, że każdy uczestnik obrotu co najmniej okresowo powinien respektować jej skutki. Pogląd ten sprzeciwia się zatem przyjęciu sankcji cywilnoprawnej w postaci bezwzględnej nieważności w rozumieniu art. 58 k.c. Jego zwolennicy twierdzą, że jest to sankcja zbliżona do nieważności względnej<sup>18</sup> (tzw. „ważność zawieszona”)<sup>19</sup>. Wynika ona ze specyfiki prawa handlowego i nie może być konstruowana na bazie jednostkowego przepisu. Podstawą tej argumentacji jest teza, że przepisy k.s.h. jako *lex specialis* wyłączają zastosowanie art. 58 k.c.<sup>20</sup>, kompleksowo regulując zagadnienie zaskarżalności. Niektórzy autorzy podkreślają nawet, że art. 252 i art. 425 k.s.h. są źródłem hybrydalnej sankcji nieważności *sui generis*, która została konstruowana na potrzeby obrotu gospodarczego. Druga, przeciwna koncepcja opiera się na przyjęciu, że uchwała zawierająca uchybienia określonej rangi jest nieważna *ab initio*, a wyrok sądu ma charakter deklaratoryjny. W praktyce oznacza to, że wspólnicy lub określone organy mogą odmówić wykonania danej uchwały bez uprzedniego stwierdzenia jej nieważności w formalnym procesie przed sądem powszechnym. W prawomocnym wyroku zostaje zatem stwierdzony obiektywnie istniejący stan prawny w postaci bezwzględnej nieważności (w rozumieniu art. 58 k.c.). Zwolennicy tego poglądu wskazują, że skoro uchwała co do zasady stanowi czynność prawną w rozumieniu kodeksu cywilnego (jako akt woli współkonstruowany przez pojedyncze oświadczenia woli, który wywiera określone skutki

---

z 04.12.2009, sygn. III CSK 85/09, OSNC 2010, nr 7-8, poz. 113, a także uchwała SN z 20.12.2012, sygn. III CZP 84/12, OSNC 2013, nr 7-8, poz. 83.

<sup>17</sup> Wyrok SN z dnia 12.07.2002, sygn. V CKN 1547/00, LEX nr 56054, wyrok SN z dnia 31.03.2006, sygn. IV CSK 46/05, LEX nr 277843 oraz uchwała SN z dnia 20.01.2010, sygn. III CZP 129/09, OSNC 2010, nr 7-8, poz. 107.

<sup>18</sup> A. Koch, *Charakter sankcji wobec sprzecznych z prawem uchwał wspólników spółek kapitałowych*, PPH 2007, nr 2, s. 9.

<sup>19</sup> Por. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 252 Kodeksu spółek handlowych, Komentarz aktualizowany do art. 1-300 ustawy z dnia 15 września 2000 r.*, LEX/el., 2015 oraz A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 425 Kodeksu spółek handlowych, Komentarz aktualizowany do art. 301-633 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*, LEX/el., 2015.

<sup>20</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., Kodeks cywilny, Dz.U.2016.380 j.t. z późn. zm.



prawne)<sup>21</sup> to trudno jest odmówić zastosowania art. 58 § 1 k.c. ze względu na treść art. 2 k.s.h. Co prawda ustawodawca *explicite* wyłączył w art. 252 § 1 oraz art. 425 § 1 k.s.h. zastosowanie powództwa o ustalenie (art. 189 k.p.c.<sup>22</sup>)<sup>23</sup>, jednak nie oznacza to automatycznego oderwania tego przepisu od materialnoprawnej koncepcji nieważności. Na rzecz tej teorii przemawia również wykładnia językowa. Użycie zwrotu „stwierdzenie nieważności” sugeruje, że ustawodawca w odniesieniu do ustawy sprzecznej z prawem przewidział sankcję bezwzględnej nieważności. Ważki z punktu widzenia koncepcji deklaratoryjności jest również argument historyczny, a mianowicie motywy wprowadzenia do k.s.h. rozróżnienia na powództwo o uchylenie i powództwo o stwierdzenie nieważności. Przeciwnicy podnoszą jednak, że przy przyjęciu teorii konstytutywności wskazany zabieg legislacyjny jest równie uzasadniony ze względu na zróżnicowanie terminów na zaskarżenie oraz koncepcję odmiennych skutków czasowych prawomocnego wyroku uchylającego uchwałę (działającego *ex nunc*) oraz stwierdzającego jej nieważność (*ex tunc*).

Wbrew ujawniającym się w orzecznictwie rozbieżnościom, a także odmiennemu zdaniu wiodącemu prym w piśmiennictwie, SN ostatecznie przesądził w uchwale siedmiu sędziów<sup>24</sup>, że sprzeczne z ustawą uchwały wspólników (akcjonariuszy) nie są nieważne *ex lege*, a do ich wyeliminowania z obrotu prawnego konieczny jest prawomocny wyrok. Tym samym SN uznał prymat koncepcji konstytutywności. Praktycy zarzucają temu rozwiązaniu liczne niedoskonałości, w szczególności ze względu na długotrwałe „blokowanie” aktywności spółki w oczekiwaniu na uzyskanie prawomocnego orzeczenia czy też konieczność czasowego respektowania kolektywnych aktów woli, które w sposób rażący i oczywisty są sprzeczne z przepisami rangi ustawowej. Oprócz tego należy odnotować, że obecny pogląd prowadzi do znacznego osłabienia pozycji sądów rejestrowych, o czym poniżej.

Z punktu widzenia niniejszych rozważań warto zwrócić uwagę na rolę sądów w postępowaniu rejestrowym, których kompetencje mogą kształtować się odmiennie w zależności od przyjętej koncepcji. Brak pewności co do losów uchwały, co do której nie

---

<sup>21</sup> Kompleksową analizę uchwały jako czynności prawnej przedstawia Z. Radwański, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego Tom 2, Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 181-184, Nb. 30-41.

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U.2014.101 j.t. z późn. zm.

<sup>23</sup> W literaturze istnieje też odmienne rozumienie tego zagadnienia: K. Rudnicki, *Odwolanie członka zarządu spółki kapitałowej a zaskarżenie uchwały zgromadzenia tej spółki*, Przegląd Sądowy 2005 nr 6, s. 84.

<sup>24</sup> Uchwała SN (7) z dnia 18.9.2013 r., III CZP 13/13, OSNC 2014/3/23.

zapadł jeszcze prawomocny wyrok, rodzi bowiem pytanie o charakter kontroli sądu rejestrowego (charakter wyłączenie techniczny czy także merytoryczny) oraz jego uprawnienia (możliwość zawieszenia postępowania czy również odmowy dokonania wpisu). Szereg domniemań i publiczne zaufanie do rejestru<sup>25</sup> sprawiają, że automatyczne i bezkrytyczne ujawnianie w księgach określonego stanu prawnego może powodować daleko idące konsekwencje. Uchwale nieważnej przysługiwałoby w tym wypadku domniemanie prawdziwości chroniące osoby trzecie działające w dobrej wierze. Aby temu przeciwdziałać sądy rejestrowe w razie zawisłości sporu w przedmiocie wadliwej uchwały przyjmują obecnie praktykę zawieszania postępowania rejestrowego<sup>26</sup> aż do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia o jej losach. Obecnie narażeni jesteśmy zatem na sytuację patową, w której, tytułem przykładu, nie jest jasne czy osoba ujawniona w rejestrze wciąż ma prawo reprezentować spółkę, skoro kto inny jest legitymowany w myśl podjętej uchwały. W związku z tym, aby zagwarantować, że dane ujawnione w rejestrze odpowiadają rzeczywistemu stanowi prawnemu oraz w celu zniwelowania przewlekłych okresów niepewności (uchwała jest ważna i skuteczna, ale nie zostaje ujawniona w rejestrze) z perspektywy wszystkich uczestników obrotu pożądane jest jak najszybsze uzyskanie prawomocnego orzeczenia w przedmiocie kwestionowanej uchwały.

Kolejną relewantną kwestią jest brak regulacji w zakresie dopuszczalności oraz sposobu zaskarżania uchwał organów menedżerskich w spółkach kapitałowych. U podstaw tego wielowątkowego zagadnienia stoi konieczność odpowiedzi na pytanie: czy istnienie przepisów szczególnych umożliwiających wniesienie powództwa o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał organów właścicielskich oznacza, że ustawodawca świadomie wyłączył taką możliwość w stosunku do aktów woli podejmowanych przez pozostałe organy. Doktryna i orzecznictwo co do zasady są zgodne<sup>27</sup>, że minimalne standardy demokratycznego państwa prawnego oraz względy systemowe i funkcjonalne nie pozwalają zająć w tej sprawie odmownego stanowiska. Sama dopuszczalność eliminowania z obrotu praw-

---

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz.U.2016.687 j.t. z późn. zm.

<sup>26</sup> Uchwała (7) z dnia 28.09.2013, sygn. III CZP 13/13, Biul.SN 2013/9/7, w świetle której aktualność traci uchwała z dnia 20.01.2010, sygn. III CZP 122/09, *OSNC 2010, nr 7–8*, poz. 107, przyznająca sądom rejestrowym kompetencje do odmowy dokonania wpisu uchwały nieważnej.

<sup>27</sup> Uchwała SN z dnia 01.09.1993, sygn. III CZP 114/93, *OSNC 1994 z. 4*, poz. 73, w której Sąd Najwyższy jeszcze pod rządami poprzedniego kodeksu uznał, że uchwały organów innych niż właścicielskie nie mogą zostać zaskarżone w drodze powództwa.

nego wadliwych uchwał nie jest więc kontestowana. Ścierają się jednak ze sobą dwie konkurencyjne koncepcje co do właściwej podstawy prawnej takiego działania. Pierwsza postuluje pozostawienie sporów uchwałowych w reżimie kodeksu spółek handlowych i stosowanie przepisów art. 249-254 oraz art. 422-427 k.s.h. *per analogiam*<sup>28</sup>. Jej zwolennicy wskazują na istnienie luki prawnej uzasadniającej uciekanie się do regulacji dostosowanej do specyfiki sporów uchwałowych (m.in. względnie krótkie terminy na wniesienie powództwa, rozszerzona skuteczność prawomocnego wyroku). Druga przeciwna koncepcja wychodzi natomiast z założenia systemowego, zakładając, że wobec milczenia ustawodawcy, brak wyraźnego odesłania czy też stworzenia autonomicznego mechanizmu dotyczącego uchwał menedżerskich implikuje przejście na grunt przepisów ogólnych prawa cywilnego na mocy treści art. 2 k.s.h. Tym samym właściwym trybem do wyeliminowania wadliwej uchwały zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej jest powództwo o ustalenie (art. 189 k.p.c. w zw. z art. 58 k.c.)<sup>29</sup>. I choć ten ostatni pogląd wydaje się dominować w orzecznictwie, nie jest on rozwiązaniem wolnym od wad. Brak gradacji poszczególnych rodzajów wadliwości i dyferencjacji związanych z nimi skutków czy bezterminowa możliwość wniesienia powództwa to niedoskonałości, które można jednak rozwiązać, opierając się na literze prawa (m.in. poprzez zastosowanie art. 5 k.c.). Największym mankamentem w wypadku zastosowania art. 189 k.p.c. w odniesieniu do sporu uchwałowego jest natomiast skuteczność wyroku działającego jedynie *inter partes* (art. 366 k.p.c.). Brak cechy rozszerzonej skuteczności (art. 254 § 1 i art. 427 § 1 k.s.h.) polegającej na związaniu wyrokiem spółki, wszystkich wspólników i członków organów, sprawia, że wyrok miałby moc obowiązującą jedynie w stosunkach między pozwaną spółką a powodem. Jest to sytuacja prowadząca do absurdu, wymagająca stworzenia rozwiązania uwzględniającego specyfikę relacji wielopodmiotowej w ramach spółki kapitałowej.

Mając powyższe na względzie i ograniczając się do tak ogólnej charakterystyki problemów występujących na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, uzasadnione wydaje się postawienie tezy, że polski ustawodawca nie zapewnia uczestnikom obrotu należytej

---

<sup>28</sup> Wyrok SN z dnia 20.01.2009, sygn. II CSK 419/08, LEX nr 491555. Przywołany wyrok dotyczył powództwa o ustalenie, że uchwała rady nadzorczej spółki z o.o. jest sprzeczna z umową spółki oraz ustalenie, że w związku z tym powód pozostaje członkiem zarządu i prezesem spółki (nie został odwołany).

<sup>29</sup> Wyrok SN z dnia 18.02.2010, sygn. II CSK 449/09, OSNC-ZD 2010, nr 4, poz. 103, wyrok SN z dnia 09.05.2012, sygn. V CSK 223/11, OSNC 2012, nr 12, poz. 145, a także uchwała SN (7) z dnia 28.09.2013, sygn. III CZP 13/13, Biul.SN 2013/9/7.

ochrony i warunków, w jakich bezpiecznie mogliby prosperować. Nie jest bowiem pożądanym stan, w którym obrót gospodarczy determinowany jest przez wiodącą linię orzecniczą i poglądy doktryny w tak doniosłym zakresie. Dodatkowo, rozdzźwięk między zwolennikami i przeciwnikami kwalifikacji uchwały jako czynności prawnej z wszelkimi wynikającymi z tego konsekwencjami, a także forsowanie przez niektóre środowiska koncepcji uchwał nieistniejących, potęgują tylko panujący chaos.

### **3. Trzecia droga/ złoty środek: Arbitraż jako remedium**

Na tle powyższych rozważań można stwierdzić, że dotychczasowe propozycje doktryny i judykatury, mające jedynie charakter doraźny, wciąż dalekie są od ideału. Także mimo jednoznacznego przyjęcia przez polskie orzecznictwo teorii konstytutywności wyroku stwierdzającego nieważność podjętej uchwały organu właścicielskiego, rozwiązanie to nie zapewnia odpowiedniej ochrony stosunkom prawnym powstałym w kontekście podjętych, a następnie zaskarżonych, uchwał. Ponadto, jak wskazano, rodzi się wątpliwość dotycząca mechanizmu właściwego dla zaskarżania uchwał podejmowanych przez organy menedżerskie, w braku wyraźnego uregulowania czy choćby odpowiedniego odesłania do właściwego reżimu kwestionowania wadliwych uchwał.

O ile całkowita eliminacja niepożądanych zjawisk związanych z koncepcją spółek kapitałowych jako taką oraz teorią organów spółek<sup>30</sup> nie wydaje się być realna, pewne rozwiązania faktyczne i prawne mogą znacznie ograniczyć niepewność obrotu gospodarczego w perspektywie powyższych rozważań. Powszechnie wskazywanym *medicamentum* stał się w ostatnich latach arbitraż, wykazujący szereg pragmatycznych zalet, na czele z elastycznością i fachowością postępowania, niewiele w tym zakresie odbiegającego od tzw. *expert determination*<sup>31</sup> (popularnego chociażby przy fuzjach i przejęciach).

Po pierwsze, głównym mankamentem towarzyszącym sporom uchwałowym jest ciągłość postępowania w czasie. Średnio postępowanie tego typu przed sądem powszechnym trwa kilka lat, co w oczywisty sposób potęguje zawilość sprawy i stanowi zagrożenie

---

<sup>30</sup> A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo Cywilne Zarys części Ogólnej*, Warszawa 2001, str. 209 i n., a także S. Buczkowski, *Kodeks Cywilny Komentarz pod redakcją J. Pietrzykowskiego, J. Ignatowicza*, Warszawa 1972, str. 118, oraz M. Pazdan, *Niektóre konsekwencje teorii organów osoby prawnej*, Pr. Nauk. UŚ, Pr. Praw, T. I (1969), s. 201-223.

<sup>31</sup> Szerzej o *expert determination*: <http://www.wipo.int/amc/en/expert-determination/what-is-exp.html>.

nie tylko dla pokaźnej liczby podjętych w międzyczasie transakcji, ale i dla ekonomicznej egzystencji samej spółki. Arbitraż korporacyjny, w wypadku którego wyroki mogą *de facto* zostać wydane w przeciągu nawet kilku miesięcy, cechuje jednoinstancyjność i ograniczona zaskarżalność, a co za tym idzie pewność i wykonalność wydanego orzeczenia. W perspektywie obowiązującej od dnia 01.01.2016 r. reformy „spłaszczającej” stadia postarbitrażowe<sup>32</sup> (w sprawie kolejno uchylenia, uznania i wykonania orzeczenia sądu polubownego) poprzez wprowadzenie zasady jednoinstancyjności<sup>33</sup>, przewaga arbitrażu nad sądownictwem powszechnym rysuje się jeszcze wyraźniej. Ponadto nie tylko czas, ale i złożoność postępowania przed sądem powszechnym wiąże się dla stron z wygórowanymi, trudnymi do przewidzenia wydatkami. Wziąwszy pod uwagę koszty ukryte związane z oczekiwaniem spółki na rozstrzygnięcie sporu, a co za tym idzie oczywistą niemożnością racjonalnej ekonomicznie alokacji środków, niejednokrotnie mamy do czynienia z nakładami znacznie przewyższającymi ostateczną wartość przedmiotu sporu.

Problem potęgowany jest zwykle znaczną asymetrią stron omawianego konfliktu. Nierównowaga ta związana jest z czysto kapitałowym<sup>34</sup> charakterem spółki akcyjnej (prymat większości kapitału), a objawia się zwłaszcza negatywnym zjawiskiem tzw. „szantażu korporacyjnego”<sup>35</sup> ze strony akcjonariatu mniejszościowego, tzn. groźbą wniesienia powództwa derywatywnego i jej faktyczną realizacją w przypadku odmowy przyjęcia linii działania przezeń narzuconej. Na marginesie należy wskazać, że norma sankcjonująca powództwo wniesione oczywiście bezzasadnie z art. 423 § 2 k.s.h. oraz art. 425 § 5 w zw. z art. 423 § 2 k.s.h. nie wpłynęła znacząco na ograniczenie skali omawianego problemu. Także wprowadzenie<sup>36</sup> do kodeksu spółek handlowych postępowych regulacji dotyczących wykupu i odkupu (tzw. „squeeze out” z art. 418 k.s.h. oraz „reverse squeeze out” z art. 418(1) k.s.h.),

---

<sup>32</sup> Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów, D.U. 2015 r. poz. 1595.

<sup>33</sup> Charakter postępowania czysto jednoinstancyjnego nadano jednak wyłącznie postępowaniu w sprawie skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego. Postępowanie w sprawie uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku ma obecnie jedynie charakter zbliżony do jednoinstancyjnego, jako że zażalenie przysługuje do innego składu tego samego sądu (a nie do wyższej instancji), art. 1 pkt 22 lit. b, tamże.

<sup>34</sup> S. Sołtysiński, *Kapitałowy charakter spółki akcyjnej i rola kapitału zakładowego*, [w:] S. Sołtysiński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 17B, s. 3-7, Nb. 3-9.

<sup>35</sup> J. Naworski, *Próba wykładni art. 423 § 2 k.s.h.*, *Monitor Prawa Handlowego*, 02/2013.

<sup>36</sup> Szerzej o tym: A. Szumański, *Prawo Spółek*, CH Beck Warszawa 2014, str. 885 i n., a także K. Oplustil, *Wykluczenie akcjonariuszy mniejszościowych we spółki w prawie europejskim, niemieckim, polskim, analiza prawno-porównawcza z uwzględnieniem aspektu konstytucyjnego*, SP 2003, Nr 1, s. 88.



mających wychodzić naprzeciw niekorzystnej z punktu widzenia akcjonariusza strukturze właścicielskiej, nie wyeliminowało ostatecznie tego uciążliwego i względnie powszechnego zjawiska.

Także i w tym przypadku postulaty ekonomicznej analizy prawa skłaniają nas do zwrócenia się w kierunku arbitrażu. Kompetentność i fachowość arbitrów, wynikające z przyjaznego dla stron mechanizmu wyłaniania składu orzekającego, a także ich renoma („*cachet behind the name*”) związana najczęściej z postępującą instytucjonalizacją, wpływają znacząco na czas oraz koszty postępowania. Elastyczność samego postępowania przed sądem polubownym znajduje odzwierciedlenie w możliwości ustalenia przez strony reguł postępowania lub zostawienie ich w gestii samych arbitrów, znacząco wpływając na wyjściową sytuację stron. Dodatkowym atutem jest również wysoka dyspozycyjność arbitrów, co znacząco odbiega od standardów prezentowanych w tym względzie w przewlekłym postępowaniu przed sądem powszechnym.

Wreszcie poufność (tajność) postępowania przed sądem arbitrażowym stanowi znaczącą zaletę w obliczu długotrwałej sądowej batalii (abstrahując od stadiów postarbitrażowych, w których *nota bene* proponowane jest analogiczne rozwiązanie), także przez pryzmat faktu, że publikowanie samego wyroku ma miejsce dopiero za zgodą stron. Nawet bowiem w przypadkach „szantażu”, zamiarem pierwotnym powoda leżącym u podstaw sporu jest osiągnięcie ekonomicznego celu wewnątrz danej spółki, którego realizacja nie tkwi co do zasady w ujawnianiu szkodliwych rynkowo faktów.

W perspektywie opisanych wyżej kontrowersji wokół sporów uchwałowych należy nadmienić, że wskazane zalety postępowania arbitrażowego mogą w znaczący sposób przyczynić się do zwiększenia bezpieczeństwa obrotu. Pierwszorzędna okazuje się w tym zakresie szybkość uzyskania rozstrzygnięcia, która pozwala ograniczyć negatywne skutki oczekiwania na prawomocne rozstrzygnięcie. Dysponowanie przez uczestników obrotu operatywnym narzędziem pozwalającym szybko zdeterminować losy wadliwej uchwały, rekompensuje główne niedogodności wynikające z konfliktu teorii konstytutywności i deklaratoryjności. Znaczenie ma w tym wypadku również krótki czas ewentualnego zawieszenia postępowania przez sąd rejestrowy (a zatem okresowej niezgodności pomiędzy stanem ujawnionym w rejestrze a rzeczywistym stanem prawnym). W świetle kolejnego problemu, który wydaje się nierozwiązywalnym na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, a dotyczy braku rozszerzonej skuteczności przy wniesieniu powództwa o ustalenie



podjęcia uchwały przez organ menedżerski, warto zaznaczyć, że dostępną alternatywę stanowi właśnie arbitraż korporacyjny. Właściwe sformułowanie zapisu na sąd polubowny zamieszczonego w umowie (statucie) spółki, wzorem kryteriów sformułowanych przez niemiecki Trybunał Federalny w orzeczeniu „Zdatność arbitrażowa II”<sup>37</sup>, mogłoby statuować obowiązek poinformowania wszystkich współników (akcjonariuszy) i członków organów o wszczęciu powództwa arbitrażowego. Zagwarantowanie przystąpienia do postępowania po którejś ze stron (skarżącego bądź spółki) oznaczałoby rozciągnięcie powagi rzeczy osądzonej na wszystkie podmioty i tym samym uniknięcie sytuacji, w której po wydaniu wyroku pozostałe osoby nie byłyby zobowiązane do jego respektowania.

Mając powyższe na względzie, w literaturze wskazuje się, że przełamanie jurysdykcyjnego monopolu państwa poprzez upowszechnienie arbitrażu korporacyjnego pozytywnie wpłynęłoby na zwiększenie aktywności inwestorów oraz warunki zawierania transakcji i niektóre formy prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce.

#### **4. Kontrowersje związane z kognicją sądów arbitrażowych**

Pomimo oczywistych zalet związanych z poddaniem spraw z zakresu sporów o uchylene lub nieważność uchwał jurysdykcji sądów arbitrażowych, wskazywany jest przez doktrynę szereg przeszkód prawnych, które poddają powyższe rozwiązanie w wątpliwość. Osia sporu jest przy tym kryterium „zdatności arbitrażowej”<sup>38</sup> (*arbitrability*) znajdujące swe za-czepienie w treści art. 1157 k.p.c., który definiuje je przez przyjęcie równie nieostrego pojęcia „zdatności ugodowej”<sup>39</sup>. Nie mniej wątpliwości wywołuje także nieprecyzyjna konstrukcja wskazanego art. 1157 k.p.c., niedająca jasnej odpowiedzi na pytanie czy przytoczone kryterium zdatności ugodowej znajduje zastosowanie tylko do „sporów o prawa niemajątkowe”, czy także do sporów o charakterze „majątkowym”. Hipotetyczne objęcie kryterium zdatności ugodowej jedynie sporów o prawa niemajątkowe, doprowadza do przesunięcia

---

<sup>37</sup> Wyrok BGH z dnia 06.04.2009 r., sygn. II ZR 255/08, BGHZ 180.

<sup>38</sup> A. Szumański, *Zapis na sąd polubowny w sprawie zaskarżenia uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej: Prawo w XXI wieku, Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, W. Czapliński (red.), Warszawa 2006, str. 889 i n.

<sup>39</sup> A. Szumański, *Przeszkody prawne w przyjęciu kognicji sądów arbitrażowych w sporach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych (uwagi de lege lata oraz de lege ferenda)*, niepubl., s. 5 i n.

ciężaru rozważań nad zdatnością arbitrażową w kierunku charakteru samych spraw w sporach uchwałowych.

Należy w związku z powyższym postawić pytanie, czy prawa korporacyjne, o jakie toczą się spory uchwałowe, mają w ogóle charakter majątkowy<sup>40</sup>. O ile dzisiejsza doktryna prawa spółek kapitałowych dość jednoznacznie opowiada się za majątkowym charakterem całości praw korporacyjnych<sup>41</sup>, a poglądy przeciwne mają w większości charakter historyczny (doktryna przedwojenna), o tyle Sąd Najwyższy nie poparł w pełni tego poglądu uznając, że materia ta wymaga przeprowadzenia każdorazowego testu<sup>42</sup>. Biorąc jednak pod uwagę względy funkcjonalne<sup>43</sup> oraz naturę spółek kapitałowych, trafne wydaje się stwierdzenie, że spory uchwałowe mają co do zasady charakter majątkowy. Różnicowanie w obrębie tej grupy sporów doprowadziłoby bowiem do konstatacji, że (abstrahując od kryterium ugodowości sporu), niektóre uchwały mogłyby być skarżone do sądu powszechnego, niektóre zaś bezpośrednio do sądu polubownego, co nie jest rozwiązaniem celowościowo trafnym.

Zdaniem większości komentatorów umiejscowienie przedmiotowego wyłączenia sporów o alimenty z zakresu kognicji sądów arbitrażowych na końcu przepisu, a nie bezpośrednio po wzmiance o sporach o prawa majątkowe, oznacza intencję ustawodawcy do objęcia zarówno sporów o prawa materialne jak i niematerialne testem zdatności ugodowej przy jednoczesnym uzależnieniu od jego wyniku nadania im zdatności arbitrażowej. Marginalizuje to kontrowersje nad majątkowym charakterem korporacyjnych sporów, jednocześnie wysuwając na pierwszy plan kwestię zdatności ugodowej jako takiej.

Złożona prawnie struktura spółki kapitałowej w połączeniu z teorią organów prowadzi do znacznego skomplikowania tej kwestii. Nie mamy tu bowiem do czynienia ze zwykłą sytuacją, gdzie dwie strony stosunku prawnego dysponują wzajemnymi uprawnieniami, ale z szeregiem podmiotów (zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie podejmujące sporną uchwałę, wspólnicy lub akcjonariusze wytaczający powództwo przeciwko spół-

---

<sup>40</sup> A. W. Wiśniewski, [w:] A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy, System Prawa Handlowego*, t. 8, s. 287 i n.

<sup>41</sup> Zob. m.in.: A. Szumański, S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych, Komentarz do artykułów 301-458*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 244-245.

<sup>42</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008 s. 118-119.

<sup>43</sup> W. Jurcewicz, C. Wiśniewski, *Zdatność arbitrażowa sporów korporacyjnych- perspektywa polska*, PPH 2015, nr 10, str. 6-9.

ce oraz spółka reprezentowana najczęściej przez zarząd), których możliwość do zawarcia ugody określonej treści pozostaje w związku z tym kontrowersyjna<sup>44</sup>.

Pomimo, iż zdaniem części doktryny zdatność ugodowa „nie przystaje” do sporów uchwałowych, zwolennicy przeciwnej tezy wskazują na argumenty natury systemowej (postulat by nie blokować istotnej dla postępowania cywilnego roli sądownictwa arbitrażowego) oraz funkcjonalnej<sup>45</sup> (wskazanie na zagraniczne tendencje rozwoju arbitrażu, które distansują w tym zakresie polskie rozwiązania prawne). Zdaniem samego Sądu Najwyższego<sup>46</sup> zgodnie z gramatyczną wykładnią z art. 1157 k.p.c. nie ma znaczenia kwestia, czy uгада określonej treści byłaby dopuszczalna, czy też nie, a przesłanką zdatności ugodowej jest jedynie abstrakcyjna możliwość dysponowania przez stronę prawami. Rozumowanie przeciwne uniemożliwiłoby dokonanie oceny zdatności ugodowej *a priori* (a więc także zdolności arbitrażowej), a taka ocena jest przez prawo wymagana. Na marginesie, zdaniem Sądu Najwyższego, na ocenę zdatności arbitrażowej nie wpływa to czy spór dotyczy kwestii istnienia wadliwości czynności prawnej (co jest relewantne dla powyższego wyводу przy wskazanym wyżej założeniu, że uchwały organów spółek kapitałowych mają charakter czynności konwencjonalnych, będących czynnościami prawnymi)<sup>47</sup>.

Część doktryny<sup>48</sup> powołując się w tym względzie na orzecznictwo<sup>49</sup> podkreśla wyraźną potrzebę odróżnienia kontroli zdatności ugodowej *ex ante* oraz *ex post*, będącej w tym wypadku przedmiotem potencjalnego postępowania postarbitrażowego. *Summa summarum*, pomimo poparcia ze strony części autorów<sup>50</sup>, zdatność ugodowa (a co za tym idzie, zdatność arbitrażowa) sporów dotyczących wadliwych uchwał spółek kapitałowych nie jest akceptowana przez większość jurystów.

---

<sup>44</sup> G. Suliński, *Zdolność ugodowa sporów o zaskarżanie uchwał spółek kapitałowych*, ADR Arbitraż i mediacja, 2014, nr 3, W. Jurcewicz, C. Wiśniewski, *Zdatność arbitrażowa...*, PPH 2015, nr 10, str. 5 i n.

<sup>45</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce, status prawny arbitrażu i arbitrów*, Warszawa 2011, s. 181.

<sup>46</sup> Wyrok SN z dnia 21.05.2010, sygn. II CSK 670/09, Biul. SN 2010/7/12.

<sup>47</sup> O tym szerzej J. Frąckowiak, *Uchwały zgromadzeń...*, s. 11 i n.

<sup>48</sup> R. Kos, *Zdatność arbitrażowa sporów o ważność uchwał spółek kapitałowych*, PPH 2014, nr 3, str. 31 i n.

<sup>49</sup> W szczególności postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 29.3.2010, sygn. I Acz 277/10, LexPolonica nr 2602263.

<sup>50</sup> Tak m.in. A. Szumański, *Przeszkody prawne...*, str. 3-4.

Według niektórych przedstawicieli doktryny<sup>51</sup>, optujących za zdatnością arbitrażową omawianych sporów, pomocna w tym względzie może okazać się właściwa interpretacja art. 1163 § 1 k.p.c. wskazującego *explicite* na dopuszczalność arbitrażu korporacyjnego w realiach polskich, pozornie kolizyjnego względem wspomnianego wcześniej art. 1157 k.p.c. Zgodnie z prezentowanym przez nich poglądem, przepis ten stanowi *lex specialis* względem art. 1157 k.p.c., regulując zagadnienie zdatności arbitrażowej *in extenso*. W przypadku więc odpowiednio sformułowanej klauzuli arbitrażowej zawartej w umowie lub statucie spółki, spór uchwałowy mógłby być przedmiotem postępowania przed sądem polubownym, za czym ma przemawiać przynajmniej kilka rzeczowych argumentów.

Pierwszy z nich, o charakterze historycznym<sup>52</sup>, wskazuje przede wszystkim na intencję ustawodawcy by jednoznacznie uregulować problem zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych. O ile oryginalna treść projektu art. 1157 k.p.c. wymagała przeprowadzenia testu zdatności ugodowej jedynie w stosunku do sporów o prawa niemajątkowe, o tyle następne zakładały kolejno bądź to całkowite wyabstrahowanie zdatności ugodowej od podziału praw na materialne i niematerialne, bądź też przeciwnie: wprowadzenie osobnego paragrafu wprost wykluczającego poddanie sporów uchwałowych pod rozstrzygnięcie sądów arbitrażowych. Ta ostatnia propozycja, najdalej brzemenna w skutki, nie została finalnie przeformowana, a przedmiot powyższej kontrowersji został całkowicie pozostawiony analizie doktryny i judykatury. Posłużył on tym samym zwolennikom kognicji sądownictwa arbitrażowego w tej materii jako argument, że racjonalny ustawodawca dostrzegając jednocześnie problem stosunku art. 1157 do art. 1163 k.p.c., nie uregulował go<sup>53</sup>. Tym samym miałyby on pozostawić kwestię poddania pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wszelkiego rodzaju sporów korporacyjnych wyrażnej, gdyż zawartej w umowie spółki lub statucie, woli stron.

Po drugie brzmienie art. 1157 k.p.c. *ab initio* „jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej” oznaczać ma dopuszczalność przesunięcia woli stron ciężaru postępowania w kierunku arbitrażu poprzez klauzulę zawartą w dokumentach korporacyjnych. Brak zasto-

---

<sup>51</sup> A. Szumański, *Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sprawach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana, Kraków 2005, str. 528 i 534.

<sup>52</sup> A. W. Wiśniewski, *Rozstrzyganie sporów korporacyjnych przez sądy polubowne w świetle nowej regulacji zdatności arbitrażowej sporów*, [w:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, Warszawa 2008, s. 266 i n.

<sup>53</sup> *Ibidem*, str. 270.

sowania, przez świadomego tego problemu ustawodawcę, figury legislacyjnej: „przy uwzględnieniu postanowień art. 1163 k.p.c.”, co pozwoliłoby przeciąć ten prawny „węzeł gordyjski”, poczytywane jest niejako za przejaw pozostawienia tej kwestii *pro futuro* doktrynie i judykaturze.

Po trzecie wreszcie, szczególnie w perspektywie powyższego argumentu, ustawodawca *expressis verbis* wskazuje na brak zdolności ugodowej niektórych rodzajów sporów (np. art. 477<sup>12</sup> k.p.c. dot. postępowania w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych) uznając, że asymetryczna pozycja stron wymaga przyznania słabszej z nich wzmocnionej ochrony. Można zatem pokusić się o stwierdzenie, że racjonalny ustawodawca nie pozostawiłby luki w tak ważnej sprawie jak zdatność arbitrażowa sporów uchwałowych, a co za tym idzie, opowiedział się, choć nie wprost, za pozostawieniem tej kwestii zgodnej woli stron.

Pomimo koncepcji, zgodnie z którą brak wyraźnego odniesienia art. 1157 do art. 1163 § 1 k.p.c. prowadzi do niejasnej relacji obu norm, która skutkować ma przyjęciem rozwiązania pro-arbitrażowego (*favor arbitris*), zarówno znaczna<sup>54</sup> część doktryny oraz orzecznictwo<sup>55</sup> wyraźnie odmówiło zastosowania art. 1163 § 1 k.p.c. jako przepisu szczególnego wobec art. 1157 k.p.c., dając temu drugiemu prymat w wyznaczeniu prawnych ram dla zdatności arbitrażowej sporów korporacyjnych.

## **5. Pozostałe zagrożenia i bariery na tle polskiego stanu prawnego**

Powyższe rozważania stawiają pod znakiem zapytania możliwość zastosowania arbitrażu korporacyjnego w praktyce<sup>56</sup>. Doniosłość problemu zawiera się w realnej groźbie utraty legitymacji czynnej do zaskarżenia wadliwej uchwały w szczególności ze względu na upływ krótkich, liczonych w miesiącach, terminów zawitych dla powództw o uchylenie oraz stwierdzenie nieważności uchwał organów właścicielskich. Powstaje wówczas dwojakie ryzyko utraty owej legitymacji przez podmioty uprawnione (legitymowane w myśl art. 250 i art. 422 § 2 k.s.h.) w razie istnienia zapisu na sąd polubowny. Z jednej strony,

---

<sup>54</sup> J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego, komentarz*, cz. V, sąd polubowny, Warszawa 2006, s. 357-358.

<sup>55</sup> Uchwała SN z 07.05.2009, sygn. III CZP 13/09, OSNC 2010/1/9.

<sup>56</sup> R. Kos, *Zdatność arbitrażowa...*, s. 28 i n.

w razie uzyskania orzeczenia sądu arbitrażowego istnieje obawa, że w ramach stadiów postarbitrażowych zostanie ono uchylone (art. 1206 k.p.c.) lub też sąd powszechny odmówi uznania lub stwierdzenia jego wykonalności (art. 1214, 1215 k.p.c.) właśnie ze względu na brak zdatności arbitrażowej. To samo dotyczy potencjalnej odmowy uznania i wykonania orzeczenia sądu polubownego za granicą. Z drugiej zaś strony, w wypadku skierowania sprawy na drogę sądownictwa powszechnego istnieje możliwość, że sąd uznając swoją niewłaściwość (art. 1180 k.p.c.) odmówi wszczęcia sporu, a uprawniony wspólnik (akcjonariusz) z dużym prawdopodobieństwem utraci możliwość dochodzenia swoich praw przed sądem powszechnym. Wobec tego niepewność czy dokonany zapis na sąd polubowny jest ważny i skuteczny oraz, w szczególności, czy obejmuje on spory uchwałowe, w praktyce czyni postępowanie arbitrażowe w sprawach korporacyjnych wysoce ryzykownym.

Przedmiotem zainteresowania doktryny są także inne „przeszkody prawne”<sup>57</sup>, które abstrahując od samej kwestii zdatności arbitrażowej, z aksjologicznego oraz systemowego punktu widzenia, działają na niekorzyść przyjęcia kognicji sądu arbitrażowego. Natura prawa spółek kapitałowych (posiadających wszakże osobowość prawną przy jednoczesnym działaniu przez swoje organy tej osobowości nieposiadającej), a szczególnie związana z tym zasada rządów większości nad mniejszością, doznaje kolizji z fundamentalnymi zasadami, jakimi rządzi się arbitraż. Przede wszystkim należy tu wspomnieć o wyraźnej woli stron co do poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego oraz podstawowych zasadach postępowania cywilnego (*substantive procedural rules*<sup>58</sup>), a mianowicie o prawie do wypowiedzi oraz o równym traktowaniu stron (*right to be heard, equal treatment*). Wskazać tu należy na problem układu podmiotowego sporu, w którym rozróżniamy organ podejmujący uchwałę, wspólnika (akcjonariusza) występującego w roli powoda, a także pozwanego pod postacią spółki, reprezentowanej w imieniu ogółu wspólników (akcjonariuszy) przez zarząd<sup>59</sup>.

Zaakcentowana także powyżej (zob. pkt 2 i 3) kwestia rozszerzonej skuteczności wyroku sądu arbitrażowego nie jest ostatnią przeszkodą dla powszechnego stosowania arbitra-

---

<sup>57</sup> A. Szumański, *Przeszkody prawne*..., s. 5 i n.

<sup>58</sup> Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958, Dz. U. Nr 9 z 16.02.1962, poz. 41, a także K. Ryszkowski, *Klauzula porządku publicznego jako klauzula generalna w arbitrażu handlowym w prawie polskim*, PPH 2014 nr 3, str. 17 i n.

<sup>59</sup> A. Szumański, *Przeszkody prawne*..., s. 4 i n.



zu w praktyce. Otwartym pozostaje pytanie czy wyrokowi sądu arbitrażowego można przypisać charakter podobny do tego, jaki ustanowiła norma materialnoprawna na gruncie k.s.h., a zatem związanie prawomocnym wyrokiem nie tylko stron postępowania, ale również wszystkich współników (akcjonariuszy) i członków organów. Brak bowiem spójności między katalogiem osób legitymowanych w myśl art. 250 i art. 422 § 2 k.s.h. oraz kręgiem podmiotów związanych zapisem na sąd polubowny (art. 1163 k.p.c.). W doktrynie wskazuje się także na problem połączenia odrębnych postępowań arbitrażowych w tej samej sprawie, a także wysokie ryzyko zawarcia przez spółkę ugody niekorzystnej dla akcjonariuszy (wszystkich lub przynajmniej ich części niemającej wpływu na działania zarządu).

Nie wolno przy tym bagatelizować problemu, jaki wynika ze sporów o charakterze wielostronnym (*multi-party disputes*), a mianowicie wyboru arbitra przez kilka podmiotów, z których każdy może występować jako powód lub przystąpić do pozwanej spółki w charakterze pozwanego (nie jest to uznawane za przypadek współuczestnictwa koniecznego). W skrajnych przypadkach oznaczałoby to konieczność jednolitego wyboru arbitra przez spółkę (w praktyce przez zarząd reprezentujący kapitał większościowy) oraz mniejszościowego akcjonariusza, co nasuwa pytanie o dopuszczalność ingerencji w zasadę rządów większości nad mniejszością, tak charakterystyczną dla spółki akcyjnej. W tym przypadku z pomocą przychodzą sprawdzone w tzw. ADR-ach (*Alternative Dispute Resolution*) rozwiązania sporu, przyjęte w większości regulaminów arbitrażowych<sup>60</sup> oraz należące do *lex mercatoria* tzw. *soft laws*<sup>61</sup> (arbitrzy zastępczy, procedura nominacyjna).

## **6. Postulaty de lege ferenda i podsumowanie**

Mimo zalet arbitrażu, mnogość kontrowersji towarzyszących kognicji sądów arbitrażowych w sporach uchwałowych nie sprzyja upowszechnianiu sądownictwa polubownego jako odpowiedniego *remedium* na niestabilność obrotu gospodarczego. W odpowiedzi na to proponuje się rozmaite rozwiązania prawne mające przewyżżyć omawiane wyżej przeszkody. Rozważania te idą w kierunku skonstruowania odpowiedniej klauzuli arbitrażowej lub zmiany niektórych przepisów kodeksu postępowania cywilnego.

<sup>60</sup> Regulamin Arbitrażowy Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie z 01.01.2015, [https://www.sakig.pl/uploads/pdf/regulaminy/regulamin\\_arbitrazowy.pdf](https://www.sakig.pl/uploads/pdf/regulaminy/regulamin_arbitrazowy.pdf).

<sup>61</sup> *Ustawa modelowa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1985 z późn. zm.* z 2006, [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf).

Pierwsza z propozycji nawiązuje do doświadczenia judykatury niemieckiej, gdzie podobny problem utrzymywał się przez dłuższy okres<sup>62</sup>. Pomijając kwestię wyraźnego rozstrzygnięcia co do zastosowania testu zdatności ugodowej wyłącznie do sporów niemajątkowych, należy przede wszystkim wskazać na rolę Trybunału Federalnego w sformułowaniu minimalnych standardów jakie powinny być zapewnione w wypadku dokonania zapisu na sąd polubowny w umowie lub statucie spółki. Zgodnie z rozumowaniem zaprezentowanym w orzeczeniu „Zdatność arbitrażowa II”, aby klauzula arbitrażowa gwarantowała właściwy poziom ochrony oraz wypełniała luki powstające przy stosowaniu arbitrażu na gruncie prawa spółek, konieczne jest m.in. zapewnienie wszystkim wspólnikom (akcjonariuszom) oraz członkom organów tak uczestnictwa w sporze, jak również udziału w procedurze wyłonienia arbitrów. Kryteria skonstruowane w wywodzie Trybunału, warunkujące ważność i skuteczność klauzuli arbitrażowej, to rozwiązanie, które w znaczący sposób redukuje ryzyko prawne związane z kognicją sądu polubownego. Brak podobnych standardów sformułowanych przed Sąd Najwyższy rodzi pytanie o potrzebę transponowania niemieckich rozwiązań na grunt polski. W orzecznictwie można zatem dostrzec znaczny potencjał do zapewnienia co najmniej doraźnego rozwiązania.

Druga propozycja, by rozwiązanie problemu znalazło swoje zaczepienie w przepisach ustawowych, znalazła swoje odzwierciedlenie w co najmniej dwóch projektach nowelizacji zaproponowanych przez ekspertów prawa arbitrażowego. Obie z nich skupiają się głównie na modyfikacji art. 1157 k.p.c. oraz art. 1163 k.p.c. Pierwsza<sup>63</sup> została przedstawiona Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w 2010 roku. W odpowiedzi na problem zdatności arbitrażowej wskazany projekt zakładał nowelizację art. 1157 k.p.c. przez wyraźne wyłączenie sporów o prawa materialne (a więc także korporacyjne) spod abstrakcyjnego testu zdatności ugodowej oraz dopuszczenie możliwości zawarcia klauzuli arbitrażowej w odniesieniu do sporów uchwałowych w art. 1163 k.p.c. Z kolei, mając na względzie niepełne uregulowanie kwestii rozszerzonej skuteczności wyroków sądów arbitrażowych, projekt ten zakłada wymóg ogłoszenia o wszczęciu postępowania przed sądem polubownym według z góry ustalonej procedury, od spełnienia którego zależy skuteczność zapisu na sąd polubowny zgodnie z art. 1163 k.p.c. Daje to realną możliwość przyłączenia

---

<sup>62</sup> A. Szumański, *Przeszkody prawne...*, s. 3 i n.

<sup>63</sup> Tzw. projekt A. Szumańskiego we współpracy z M. Furtkiem, S. Pieckowskim, A. W. Wiśniewskim, W. Jurcewiczem, M. Tomaszewskim.

się pozostałych współników (akcjonariuszy) do powoda lub pozwanej spółki. W połączeniu z obowiązującymi obecnie zasadami łączenia kilku sporów w jednym postępowaniu, niweluje to problem braku skuteczności wyroku w stosunku do wszystkich współników i akcjonariuszy spółki. Ponadto projekt przewiduje jednomyślny wybór arbitra w przypadku wielości podmiotów występującej po jednej ze stron. Co ciekawe, pomimo aprobaty sporej części komentatorów, ostatecznie projekt nie został przez Komisję przyjęty.

Inna propozycja<sup>64</sup>, która także nie spotkała się do tej pory z odpowiednią reakcją legislatorów, nie odstawała znacząco w swych założeniach od tzw. projektu A. Szumańskiego, również dopuszczając *explicite* możliwość zawarcia klauzuli arbitrażowej w/w sporach. Nie zakładała ona natomiast zróżnicowania kryterium zdatności ugodowej w zależności od tego czy spór dotyczy praw materialnych, czy niematerialnych. Ponadto, w przeciwieństwie do pierwszego projektu, propozycja ta zawiera ustawowy wymóg ogłoszenia o wszczęciu postępowania arbitrażowego, bez odniesienia do samej skuteczności statutowego zapisu na sąd polubowny. W kwestii jednomyślnego wyboru arbitrów przez osoby występujące po stronie powodowej lub pozwanej propozycje nie różnią się.

*Summa summarum* należy zauważyć, że w obliczu wyraźnej potrzeby i jasno płynących z tego korzyści, brak podjęcia odpowiednich kroków prawnych w celu upowszechnienia arbitrażu w sporach uchwałowych należy ocenić negatywnie. Również wśród obecnych krytyków przyznania *de lege lata* zdatności arbitrażowej sporom uchwałowym, znaleźć można wielu zwolenników ostatecznego uregulowania tej kwestii „*favor arbitris*”.

Korzyści płynące z jednoznacznego dopuszczenia zdatności arbitrażowej tych sporów wpłynęłyby pozytywnie na konkurencyjność krajowego arbitrażu, dystansowanego obecnie w tej materii na tle światowych trendów (szczególnie w krajach systemu *common law*). Można pokusić się o stwierdzenie, że wyeliminowanie istniejącego chaosu poprzez sformułowanie jasnej odpowiedzi co do kognicji sądów polubownych w sporach korporacyjnych, w większym stopniu przyczyniłoby się do zmniejszenia niepewności obrotu prawnego wywołanego w/w kontrowersjami, aniżeli nawet orzecznictwo przesądzające konstytutywny charakter wyroku stwierdzającego nieważność uchwał w spółkach kapitałowych. Jak najbardziej uzasadniona jest w tym wypadku teza, że najlepsze *remedium* na niedogodności

---

<sup>64</sup> M. Tomaszewski, *O zaskarzaniu uchwał korporacyjnych do sądu polubownego - de lege ferenda*, [https://aplikanci.profinfo.pl/gfx/lexisnexis/userfiles/files/o\\_zaskarzaniu\\_uchwal\\_korporacyjnych\\_do\\_sadu\\_polubownego\\_\\_de\\_lege\\_ferenda.pdf](https://aplikanci.profinfo.pl/gfx/lexisnexis/userfiles/files/o_zaskarzaniu_uchwal_korporacyjnych_do_sadu_polubownego__de_lege_ferenda.pdf).

towarzyszące sporom uchwałowym stanowiłby właśnie szybki, fachowy i profesjonalnie przeprowadzony arbitraż.

\* \* \*

**The utility of arbitration in the perspective of resolving disputes about the validity of resolutions of company organs.**

**Summary:** The aim of this article is to familiarize readers with issues that arise in disputes about the invalidity of resolutions of organs in companies from the perspective of both current solutions and further proposals de lege ferenda. The considerations are carried out primarily from the perspective of the potential benefits that arbitration can bring to the parties.

The problems of these disputes have dominated the discussion on the constitutive or declaratory nature of the judgment (derivative action brought under art. 252 § 1 and art. 425 § 1 of the Polish Code of Commercial Companies) as well as the admissibility of the proper application of these provisions to the decisions of both management and supervisory board of the company. The adopted solutions still do not eliminate, or even minimalize the lack of legal certainty of economic turnover, prompting the authors to pay attention to the advantages connected with corporate arbitration.

The article analyzes the potential jurisdiction of arbitration courts in these kinds of disputes and attempts to answer the question what legal steps the legislature should take to cut down controversy that arose upon the arbitrability and conciliatory nature of these disputes.

**Key words:** Arbitration, resolution dispute, share-holding companies, Commercial Companies Code.

**Mateusz Lewandowski \***

## **Status członka zarządu spółki partnerskiej.**

### **Streszczenie**

Zarząd spółki partnerskiej jest jedną z bardziej kontrowersyjnych instytucji polskiego prawa handlowego. Ustawodawca nie rozwiązuje sporu co do ewentualnego ujęcia zarządu jako organu spółki, za czym opowiada się część doktryny. Ten kontrowersyjny pogląd przeciwstawiany jest ujęciu zarządu jako quasi – organu, odmiennego od typowego dla spółek kapitałowych. Z takiej problematyki wynika status członka zarządu spółki osobowej. Włączenie do spółki osób spoza grona wspólników, którzy mają wpływ na jej działalność, budzi liczne kontrowersje. Na tej podstawie częstokroć neguje się możliwość całkowitego obsadzenia zarządu osobami spoza grona wspólników, czy nawet uregulowanie statusu członków zarządu w sposób nieuprzywilejowany. Spór toczący się w doktrynie ma bezpośrednie przełożenie na praktyczne zastosowanie tych instytucji, a także na rozstrzygnięcia sądów w przedmiocie wpisu do rejestru danej spółki osobowej.

**Słowa kluczowe:** Zarząd, spółka partnerska, polskie prawo handlowe.

---

\* Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

## *1. Wstęp*

Po piętnastu latach obowiązywania kodeksu spółek handlowych (dalej: k.s.h.)<sup>1</sup>, status członka zarządu spółki partnerskiej budzi wciąż liczne kontrowersje i spory. Konieczność wypracowania pewnego wspólnego stanowiska jest o tyle istotna, że poglądy te mają fundamentalne znaczenie dla obrotu gospodarczego. Próba zderzenia owych koncepcji z ich pragmatycznym zastosowaniem doprowadziła bowiem do wytworzenia stanu niepewności prawa.

Doszło nawet do tego, że status członka zarządu spółki partnerskiej zależy w dużej mierze nie od woli ustawodawcy, ale przede wszystkim od koncepcji wypracowanych przez doktrynę i od orzeczeń ferowanych przez sądy. W tym zakresie ustawodawca nie podejmuje próby odpowiedzenia na fundamentalne pytania dotyczące statusu prawnego samej instytucji zarządu spółki partnerskiej. W efekcie wypracowano poglądy prawne, które nie udzielają odpowiedzi, lecz mnożą pytania. Na przegranej pozycji są sami członkowie zarządu oraz wspólnicy, którzy próbują dostosować się do przepisów prawa, uzupełnianych obranymi przez nich poglądami. Stwarza to nie tylko stan niepewności sytuacji prawnej takich osób, ale ponadto może prowadzić do naruszenia stabilności spółki w obrocie gospodarczym.

Pozycja członka zarządu w spółce partnerskiej wymaga analizy przez pryzmat przepisów regulujących spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (co wynika bezpośrednio z art. 97 § 2 k.s.h.). Można więc postawić tezę badawczą, zgodnie z którą pozycja członka zarządu spółki partnerskiej będzie tożsama do regulacji przewidzianej dla spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Jednocześnie można wskazać, że status członka zarządu należy analizować z uwzględnieniem charakteru spółki osobowej, co wydaje się komplikować problematykę zarządu.

Celem niniejszego artykułu jest określenie ram normatywnych konstrukcji zarządu w spółce partnerskiej, a także omówienie pozycji członka zarządu tejże spółki. Na wstępie należy przyrzeć się bliżej pozycji prawnej zarządu w spółce partnerskiej, dopuszczalności jego powoływania oraz koncepcjom doktrynalnym, jakie wykształciły się na gruncie obowiązujących przepisów, regulujących spółkę partnerską. Kolejno, trzeba przyrzeć się zagadnieniom obejmującym kwestie kompetencji członków zarządu, mandatu i kadencji oraz problematyki odpowiedzialności za zobowiązania.

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 (Dz.U. 2013.1030 ze zm.).



## **2. Zarząd spółki partnerskiej**

### 2.1 Charakter prawny zarządu

Na początek należy zaznaczyć, że zarząd spółki partnerskiej jest bytem prawnym o dość specyficznym charakterze. Z jednej strony został ukształtowany na wzór zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, co wynika bezpośrednio z art. 97 § 2 k.s.h. Z drugiej zaś strony nie można zgodzić się z tezą, jakoby zarząd tejże spółki miał status jej organu. Z przeciwnym wnioskiem wystąpił M. Asłanowicz, a jako argument przytoczył względy celowości uwarunkowane przede wszystkim możliwością wprowadzenia pewnego dualizmu kompetencyjnego partnerów i zarządu<sup>2</sup>. Podobny pogląd reprezentuje S. Sołtysiński wskazując, że za takim charakterem zarządu spółki przemawia przede wszystkim upodobnienie go do zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością<sup>3</sup>. W związku z doktrynalnymi rozważaniami na temat pozycji zarządu w spółce partnerskiej, możemy wyróżnić dwie rozbieżne koncepcje. Po pierwsze, wskazuje się, że zarząd spółki partnerskiej ma charakter organu tejże spółki. Jednocześnie możliwość odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością ma przemawiać za hybrydalnym (osobowo – kapitałowym) charakterem tej spółki. Z drugiej zaś strony niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują, że zarząd spółki partnerskiej jest jedynie pewną formą organizacyjną o cechach quasi – organu<sup>4</sup>. Ta ostatnia koncepcja zdaje się być bardziej przekonująca. Gdyby bowiem opowiedzieć się za zarządem, który przyjmuje postać organu, powstałaby oczywista sprzeczność – spółka partnerska nie może bowiem posiadać organu, jako że nie posiada osobowości prawnej. Nie można zatem argumentować konstrukcyjnej sprzeczności koncepcji potrzebą unormowania pozycji zarządu w stosunkach zewnętrznych.

Doktrynalny dyskurs zmierzający do scharakteryzowania pozycji zarządu spółki partnerskiej ma oczywisty wydźwięk w pozycji partnera tejże spółki, w szczególności co do możliwości (lub nawet konieczności) jego uczestnictwa w zarządzie spółki.

W odróżnieniu od zarządu spółki kapitałowej, pozycja prawna członka zarządu spółki partnerskiej będzie zdecydowanie słabsza z uwagi na usadowienie zarządu w spółce, w któ-

<sup>2</sup> M. Asłanowicz, *Charakter i pozycja zarządu w spółce partnerskiej*, PPH 1999, nr 8, s.19.

<sup>3</sup> S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, Warszawa 2012, s.762.

<sup>4</sup> M. Ciecierska, *Charakter prawny zarządu w spółce partnerskiej*, PS 2005, nr 6, s.55.

rej dominującym czynnikiem są wspólnicy. Wynika to już z samej konstrukcji tegoż bytu prawnego, który zgodnie z art. 97 § 1 k.s.h. ma charakter fakultatywny a nie obligatoryjny. Partnerzy mogą zatem w każdym momencie nie tylko odwołać pojedynczego członka zarządu, ale ponadto pozbawić spółkę zarządu. Może to mieć miejsce na przykład na skutek utraty płynności finansowej spółki (należy mieć na uwadze, że w przypadku „menadżerskiego” zarządu, będzie on zawsze generował większe koszty) lub w przypadku nieefektywności zarządu.

## 2.2 Członkostwo w zarządzie spółki partnerskiej

*Ratio legis* wprowadzenia do spółki partnerskiej zarządu było przekazanie prowadzenia spółki podmiotom profesjonalnym. Niejednokrotnie partnerzy nie mają bowiem odpowiednich kompetencji ani doświadczenia w zakresie prowadzenia spraw spółki w różnych sytuacjach gospodarczych. Ponadto w odróżnieniu od spółki jawnej, spółka partnerska będzie z reguły zrzeszać większe grono partnerów, co dodatkowo utrudni podejmowanie kluczowych decyzji. Niejednokrotnie partnerzy dążą do scedowania obowiązków prowadzenia spraw spółki (w obrocie gospodarczym), ograniczając się jedynie do wykonywania działalności w ramach wolnego zawodu. Podstawowym pytaniem jest więc, komu wspólnicy mogą przekazać pewien zakres swoich kompetencji dotyczący działalności spółki. W odpowiedzi można wyróżnić trzy modele zarządu spółki partnerskiej. Po pierwsze model menadżerski – oparty na udziale w zarządzie podmiotów profesjonalnych, które posiadają kwalifikacje do zarządzania spółką. W czystym modelu menadżerskim członkowie zarządu nie tylko nie będą wspólnikami, ale ponadto nie będą jednocześnie przedstawicielami wolnych zawodów, o których mowa w art. 88 k.s.h.

Kolejnym jest model partnerski – zakładający, że wszyscy członkowie zarządu są nie tylko osobami wykonującymi wolny zawód, ale ponadto są wspólnikami w spółce partnerskiej, w której takowy zarząd funkcjonuje. W praktyce model ten będzie miał największe zastosowanie w przypadku spółek zrzeszających mniejszą liczbę partnerów, w której jednak występuje potrzeba odgórnego kierowania sprawami spółki.

Trzecim modelem zarządu spółki partnerskiej jest model mieszany – w istocie będzie to koncepcja najbardziej zachowawcza w stosunku do obowiązujących przepisów. Zgodnie z nią członkami zarządu są nie tylko podmioty profesjonalne (czyli menadżerowie zajmujący się prowadzeniem spraw spółek handlowych), ale ponadto co najmniej jeden partner

teższe spółki. Taki mieszany skład zarządu będzie niejednokrotnie najbardziej dogodny, gdyż umożliwi bezpośrednią kontrolę działań pozostałych członków zarządu i, ewentualnie, natychmiastową ingerencję wspólników.

Należy zaznaczyć, że zgodnie z projektem kodeksu spółek handlowych (w myśl art. 97 § 1 projektu k.s.h.): „Umowa spółki partnerskiej może przewidywać, że prowadzenie spraw spółki powierza się zarządowi, którego większość stanowią partnerzy”. Z powyższej regulacji wynikało zatem, że warunkiem zgodnego z prawem funkcjonowania zarządu było powołanie zarządu złożonego w większości ze wspólników tejże spółki. Taka regulacja wyłączała zatem możliwość przyjęcia „menadżerskiego” modelu zarządu. Można zatem uznać, że wycofanie się z ingerencji ustawodawcy w ustalenie składu zarządu spółki było absolutne. Stąd trafny wydaje się pogląd, że gdyby ustawodawca chciał ingerować w skład zarządu (na przykład poprzez wskazanie, że co najmniej jeden z członków zarządu musi być wspólnikiem spółki), to działałby wprost, poprzez stosowny przepis, a nie pośrednio.

Wewnętrzna sprzeczność uregulowań spółki partnerskiej (prowadząca do stwierdzenia, że jest spółką hybrydalną) sprawia, że charakter prawny tworu prawnego, jakim jest zarząd, wpływa na pozycję członka tegoż zarządu. Ma bowiem wpływ na tak fundamentalną kwestię, jak zastosowanie art. 38 kodeksu cywilnego (dalej: k.c.)<sup>5</sup>. Pozycja członka zarządu osoby prawnej jest więc o tyle silniejsza, że osoba prawna działa poprzez swoje organy. Nieuznanie zatem zarządu spółki partnerskiej za organ tejże spółki (organ w myśl art. 38 k.c.) doprowadzi nas do wniosku, że członkowie zarządu nie mogą – pośrednio – działać w imieniu spółki. Na gruncie kwestii członkostwa w zarządzie spółki partnerskiej rodzi się pewna wewnętrzna sprzeczność. Kodeks spółek handlowych przewiduje w art. 18 § 1, że członkiem zarządu może być wyłącznie osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Takie uregulowanie należy zestawić z art. 87 § 1 k.s.h., zgodnie z którym „partnerami w spółce partnerskiej mogą być wyłącznie osoby fizyczne uprawnione do wykonywania wolnych zawodów”. Ponadto art. 96 § 1 k.s.h. zawiera dyrektywę, zgodnie z którą każdy partner może reprezentować spółkę samodzielnie. Wyłączenie tej reprezentacji może nastąpić w umowie spółki albo (z ważnych powodów) w drodze uchwały partnerów. Jednocześnie zastosowanie ma art. 39 § 1 k.s.h., wprowadzający nie tylko prawo, ale i obowiązek prowadzenia spraw spółki przez wspólnika. Takie zesta-

---

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 (Dz. U. 2014.121 ze zm.).

wienie przepisów może prowadzić do wniosku, że w istocie powołanie zarządu spółki nie wyłącza prawa i obowiązku prowadzenia spraw spółki przez każdego z partnerów.

Problemem z jakim stykają się partnerzy spółki partnerskiej jest przede wszystkim konieczność powołania partnerów do zarządu spółki. Można nawet powiedzieć, że zrodziła się niezdrowa praktyka, zgodnie z którą do zarządu spółki partnerskiej powołuje się przynajmniej jednego partnera tylko ze względu na uniknięcie pewnego impasu prawnego, którego efektem byłaby odmowa wpisu do rejestru przez sąd reprezentujący inny pogląd prawny.

Zdaniem S. Sołtysińskiego, w skład zarządu mogą być powołani zarówno partnerzy, jak i osoby trzecie<sup>6</sup>. W tym miejscu należy podkreślić, że kodeks spółek handlowych nie ogranicza partnerów, co do posiadania przez członka zarządu określonych cech. W szczególności nie jest konieczne, aby co najmniej jeden członek zarządu był jednocześnie partnerem spółki. Przeciwnie wnioski w doktrynie były wysuwane przede wszystkim w oparciu o art. 38 § 1 k.s.h., zgodnie z którym nie można powierzyć prowadzenia spraw spółki osobom trzecim z wyłączeniem wspólników. Należy jednak zauważyć, że przywołany wyżej przepis w tym przypadku nie obowiązuje.

Odpowiednie stosowanie przepisów o zarządzie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi nas do stwierdzenia, że „do zarządu mogą być powołane osoby spośród wspólników lub spoza ich grona” (art. 201 § 3 k.s.h.). Gdyby zatem intencją ustawodawcy było, aby zarząd miał charakter mieszany, zastosowałby tu koniunkcję („i”) obu grup podmiotów, a nie alternatywę łączną („lub”). Efektem takiego toku rozumowania jest zatem przyjęcie tezy, że zgodnie z odpowiednim stosowaniem przepisów o zarządzie w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, możemy mieć do czynienia z trzema stanami faktycznymi: z zarządem złożonym wyłącznie z osób trzecich, złożonym wyłącznie z osób z grona wspólników lub mieszanym.

Pomimo szerokiego uregulowania kompetencji zarządu spółki partnerskiej, ma zastosowanie art. 43 k.s.h., a więc w sprawach przekraczających zakres zwykłych czynności spółki, wymagana jest zgoda wszystkich wspólników (w tym wspólników wyłączonych od prowadzenia spraw)<sup>7</sup>. Prowadzi to do konkluzji, że uprawnienia zarządu spółki sprowa-

---

<sup>6</sup> S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit.*, s.761.

<sup>7</sup> U. Promińska, *Spółka partnerska*, Warszawa 2013, s. 165.

dzają się zarówno do czynności zwykłego zarządu jak i przekraczających zwykły zarząd, z tym że w drugim przypadku wymagana jest zgoda wszystkich wspólników. W stosunku do spółki partnerskiej, art. 43 k.s.h. będzie ograniczał możliwość działania zarządu w sprawach przekraczających zwykły zarząd. Taka regulacja zdaje się wykluczać konieczność udziału choćby jednego wspólnika w zarządzie (który to wspólnik miałby stanowić funkcję gwaranta prowadzenia spraw spółki zgodnie z wolą partnerów). Zakresem przywołanego przepisu będą jednak wyłącznie sprawy o kluczowym znaczeniu dla spółki.

Skład zarządu może zostać uregulowany w umowie spółki w zasadzie w dowolny sposób. Jednocześnie *lege non distinguente* czy zarząd ten ma być jednoosobowy czy kolegialny (co wyraża się w odpowiednim stosowaniu art. 201 § 2 k.s.h.). Istnieje zatem możliwość powołania tylko jednego członka zarządu, który jednocześnie nie będzie wspólnikiem.

### 2.3 Dopuszczalność powoływania spółek kapitałowych w skład zarządu

Art. 18 § 1 k.s.h. uniemożliwia członkostwo osób prawnych w składzie zarządu, ale potrzeba wprowadzenia takiej regulacji jest przedmiotem rozważań *de lege lata*. Przywołany art. 18 § 1 k.s.h. rozwiązał istotne spory interpretacyjne, jakie pojawiały się na gruncie kodeksu handlowego<sup>8</sup>. Co prawda jednoznaczne rozstrzygnięcie tej kwestii przez ustawodawcę należy oceniać pozytywnie, to jednak należy zastanowić się nad celowością ewentualnej zmiany przepisu w kierunku umożliwienia powoływania osób prawnych do zarządu spółki partnerskiej<sup>9</sup>. Takie rozwiązanie przewidują niektóre obce systemy prawne. Praktyka dowodzi temu, że powierzenie pewnego wycinka kompetencji prowadzenia spraw spółki zorganizowanym podmiotom zewnętrznym, może być bardziej efektywne aniżeli wprowadzenie do tegoż zarządu osoby fizycznej (posiadającej co prawda kompetencje, lecz nieposiadającej „zaplecza technicznego”). Nie można jednak zapominać, że takie „piętrowe” tworzenie wielopoziomowych struktur nie może być rozpatrywane zupełnie bezwzględnie. Prowadzić może bowiem do zachwiania bezpieczeństwa obrotu. W szczególności byłoby to widoczne na gruncie spółki partnerskiej, która zrzesza przedstawicieli zawodów o szczególnym charakterze społecznym.

---

<sup>8</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 (Dz.U. 1934.57.502 ze zm.).

<sup>9</sup> M. Asłanowicz, *Spółka partnerska*, Warszawa 2004, s. 176.

Za możliwością dopuszczenia osób prawnych do zarządu spółki osobowej przemawiają dwa podstawowe argumenty. Po pierwsze, członkostwo osoby prawnej jest gwarantem ciągłości pełnienia funkcji. W przypadku osoby fizycznej będzie to uzależnione od wielu czynników, często zupełnie niezwiązanych z kwestiami prawnymi, a w szczególności wygaśnięciem mandatu *ex lege* w przypadku śmierci członka zarządu. Z drugiej strony, śmierć członka zarządu osoby prawnej nie ma wpływu na jej dalsze istnienie. Po drugie, w przypadku szkody zawinionej przez członka zarządu, będącego członkiem zarządu osoby prawnej, spółka partnerska ma możliwość kierowania roszczeń zarówno przeciwko temu członkowi, jak i przeciwko osobie prawnej (która będzie gwarantem prawidłowego pełnienia określonych usług na rzecz spółki partnerskiej). Skutkiem tej kumulatywnej odpowiedzialności będzie przede wszystkim zwiększenie prawdopodobieństwa zaspokojenia wierzycieli<sup>10</sup>.

Dopuszczalność takiej regulacji stosunków wewnętrznie – organizacyjnych spółki odpowiadałaby także rozwojowi gospodarczemu i płynnemu przechodzeniu od zarządzania spółkami osobowymi przez wspólników do zarządzania o charakterze menadżerskim.

#### 2.4 Kompetencje członka zarządu

Odpowiednie zastosowanie przepisów dotyczących zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi do wniosku, że członek zarządu spółki partnerskiej ma prawo działać za spółkę indywidualnie lub kolegialnie. W doktrynie rozróżnia się kategorię czynności faktycznych (prowadzenia spraw) i czynności prawnych (reprezentacji), których zakres jest uzależniony od treści umowy spółki<sup>11</sup>. Jednocześnie art. 204 k.s.h. przyznaje prawo członkowi zarządu do prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania (zarówno w sprawach sądowych jak i pozasądowych). Pomimo tak szerokiego prawa przysługującego członkowi zarządu spółki partnerskiej, należy wskazać, że ustanowienie zarządu w spółce nie wyłącza prawa partnerów w sposób absolutny. W doktrynie wskazuje się, że trafne byłoby ujęcie kompetencji wspólników w sposób negatywny, a zatem obejmujący te kwestie, które nie zostały przekazane zarządowi jako jego wyłączne uprawnienia<sup>12</sup>. Jednocześnie

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 178.

<sup>11</sup> A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych* (publ. LEX/el.2016).

<sup>12</sup> B. Kozłowska – Chyła, *Z problematyki prowadzenia spraw spółki partnerskiej posiadającej zarząd*, „Rejent” 2015, nr 7, s.53-63.



podnoszony jest kontrowersyjny pogląd, zgodnie z którym zarząd spółki partnerskiej działa samodzielnie w zakresie swoich kompetencji (przyznanych przez wspólników), i nie ma obowiązku uzyskiwania zgody na czynności przekraczające zakres zwykłych spraw spółki. W szczególności ma tu być wyłączony art. 43 k.s.h. w zw. z art. 89 k.s.h.<sup>13</sup>.

Każdy członek zarządu ma prawo reprezentowania spółki partnerskiej we wszelkich sprawach sądowych i pozasądowych. Ograniczenie prawa do reprezentacji nie jest możliwe ze skutkiem wobec osób trzecich.

Odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością do zarządu spółki partnerskiej oznacza także ujęcie zakresu uprawnień tegoż członka w sposób właściwy dla spółek kapitałowych.

Powołanie zarządu w spółce partnerskiej zgodnie z art. 97 § 1 k.s.h. wiąże się z powierzeniem spraw i reprezentacji spółki. Jednocześnie art. 97 § 2 k.s.h. odsyła do przepisów art. 201 – 211 k.s.h., które normują kwestie związane *stricte* z zarządem w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Stąd słusznym jest wniosek, że zakres kompetencji i uprawnień członka zarządu spółki kapitałowej (z ograniczoną odpowiedzialnością) będzie tożsamy z zakresem kompetencji członka zarządu spółki osobowej (spółka partnerska).

### 2.5 Mandat i kadencja członka zarządu

Członek zarządu spółki partnerskiej jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Jest to generalna zasada właściwa dla spółek kapitałowych. W związku z powołaniem zarządu przejawia się osobowy charakter spółki partnerskiej, skoro – jak podaje A. Nowacki – „uchwała wspólników o powołaniu członków zarządu wymaga jednomyślności”. Taka regulacja, wynikająca z braku odpowiedniego zastosowania art. 245 k.s.h. powinna być oceniona pozytywnie, z uwagi na szczególny charakter spółki partnerskiej jako spółki utworzonej w celu wykonywania wolnego zawodu. Możliwość powołania członków zarządu przez większość wspólników (a więc nie jednomyślnie), wypaczyłaby charakter spółki partnerskiej jako spółki osobowej.

Odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (a w szczególności art. 201 i 202 k.s.h.) tworzy niejako dwie więzi łączące

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, s.53-63.

członka zarządu ze spółką. Pierwsza ma charakter wewnętrzny, a jej wyrazem jest powołanie do zarządu. Druga z więzi to relacja zewnętrzna, powstała w skutek zatrudnienia członka zarządu i świadczenia przez niego na rzecz spółki określonej pracy<sup>14</sup>. Kadencja członka zarządu zaczyna się w momencie powołania na tę funkcję, a kończy się w momencie wygaśnięcia.

Jak wskazuje M. Litwińska – Werner, w zakresie odesłania do przepisów dotyczących powoływania członków zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, zastosowanie mają tylko ogólne zasady powoływania członków zarządu. W szczególności zaś reguły podejmowania uchwał będą właściwe dla spółek osobowych a nie spółek kapitałowych. Prowadzi to do wniosku, że w tym zakresie wyłączna kompetencja przysługuje partnerom, z uwagi na to, że jest to sprawa przekraczająca zwykły zarząd czynności spółki. Należy także podkreślić, że w takim wypadku uchwała będzie wymagała zgody wszystkich partnerów, nawet wyłączonych od prowadzenia spraw spółki<sup>15</sup>.

## 2.6 Zakaz konkurencji

Członek zarządu spółki partnerskiej, zgodnie z odpowiednim stosowaniem art. 211 k.s.h., nie może bez zgody spółki prowadzić działalności konkurencyjnej ani uczestniczyć w spółce konkurencyjnej jako wspólnik spółki osobowej lub członek organu spółki kapitałowej. Kwestią sporną jest czy możliwe jest członkostwo w innej spółce partnerskiej. Art. 211 k.s.h. nie wskazuje bowiem takiej działalności, choć dyrektywa ta może się mieścić w zakresie pojęcia „interesy konkurencyjne”. Należy jednak zaznaczyć, że ustawodawca nie ujął wprost zakazu łączenia funkcji członka zarządu spółki partnerskiej z pełnieniem funkcji w spółce konkurencyjnej. Można wywodzić, że w związku z odpowiednim stosowaniem przepisów o zarządzie w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, pod pojęciem „członek zarządu” należy rozumieć członka zarządu spółki partnerskiej, a „członek organu spółki kapitałowej” to „członek zarządu spółki osobowej (partnerskiej)”. Pominięcie członkostwa w zarządzie spółki zdaje się być błędem legislacyjnym.

---

<sup>14</sup> U. Promińska, *op.cit.*, s.167.

<sup>15</sup> M. Litwińska – Werner, *Spółka partnerska. Reprezentacja spółki. Zarząd*. [w:] J. Okolski, M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe*, Warszawa 2016.

Podkreślić należy jednak, że zakaz konkurencji nie ma charakteru bezwzględny, ponieważ bezwzględny charakter ma jedynie obowiązek lojalności wspólników wobec spółki<sup>16</sup>. Takie ujęcie zakazu konkurencji pozwala na zwolnienie danej osoby z tego obowiązku. Stosując odpowiednio przepisy dotyczące spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, formą właściwą dla zwolnienia z zakazu konkurencji jest uchwała wspólników spółki.

### 2.7 Odpowiedzialność członków zarządu

Z art. 97 § 2 *in fine* k.s.h. wynika, że przepisy regulujące odpowiedzialność cywilnoprawną członków zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością stosuje się odpowiednio do członków zarządu spółki partnerskiej<sup>17</sup>. W szczególności mowa tu o odpowiedzialności, która została przewidziana przez ustawodawcę w art. 299 k.s.h. Powyższe odeślanie, w kontekście bezpieczeństwa obrotu gospodarczego, należy ocenić zdecydowanie pozytywnie, skoro zwiększa się liczba podmiotów odpowiedzialnych za zobowiązania spółki. Jednocześnie brak jest przepisu, który wyłączałby odpowiedzialność partnera w przypadku powołania zarządu. Niemniej jednak odpowiedzialność ta nie jest bezwarunkowa. Zgodnie z art. 299 § 1 k.s.h., członkowie zarządu odpowiadają solidarnie za zobowiązania spółki tylko w sytuacji, gdy egzekucja przeciwko spółce okaże się bezskuteczna.

W przypadku zarządu wieloosobowego, na mocy art. 97 § 2 k.s.h. w zw. z art. 294 k.s.h. za szkodę odpowiadają solidarnie wszyscy członkowie zarządu, którzy wyrządzili szkodę.

Kontrowersyjny jest zakres odpowiedzialności członka zarządu spółki partnerskiej, który jest znacznie szerszy aniżeli zakres odpowiedzialności partnera. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z art. 95 § 1 k.s.h. partner nie będzie ponosić odpowiedzialności za zobowiązania spółki, jeśli powstały one w związku z wykonywaniem przez pozostałych partnerów wolnego zawodu, a także, gdy zobowiązania powstały na skutek działań lub zaniechań osób trzecich podlegających kierownictwu innego partnera. Tymczasem w stosunku do członków zarządu uchylenie się od odpowiedzialności jest możliwe wyłącznie poprzez wykazanie zaistnienia jednej z okoliczności, o której mowa w art. 299 § 2 k.s.h.

---

<sup>16</sup> A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 939.

<sup>17</sup> Komentarz do art. 97 k.s.h., w: Z. Jara (red.) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis, pkt 20.

## 2.8 Umowna regulacja zarządu

Zarząd w spółce partnerskiej jest regulowany przede wszystkim przez ustawę<sup>18</sup>. Niemniej jednak należy zgodzić się z tezą, zgodnie z którą powierzenie prowadzenia spraw i reprezentacji spółki następuje na mocy woli wspólników. Zgodnie z zasadą swobody umów, ustawodawca pozostawia niektóre kompetencje dotyczące ustanawiania i – przede wszystkim – kształtowania zarządu spółki wspólnikom. Katalog możliwych do uregulowania kwestii jest na tyle szeroki, że nie sposób w sposób wyczerpujący wymienić klauzul ustanawiających zarząd. Wskazać jednak można te kwestie, które mogą być (a nawet powinny być, celem poprawnego funkcjonowania spółki) uregulowane w umowie spółki. Są to: procedura powoływania i odwoływania członków zarządu oraz długość ich kadencji (można jednak powołać członków zarządu na czas nieokreślony, co znacznie stabilizuje wewnętrzną sytuację spółki), wskazanie czynności wymagających zgody partnerów (jakkolwiek nie jest możliwe wyliczenie wszystkich czynności, jakie mogą się pojawić w ramach działalności spółki)<sup>19</sup>. Jednocześnie należy zaznaczyć, że powołanie i odwołanie członków zarządu należy do czynności przekraczających zwykły zarząd, a więc umowa musi czynić zadość uregulowaniom dotyczącym spółki partnerskiej (i odpowiednio spółki jawnej) w przypadku tej czynności. W szczególności nie jest możliwe kształtowanie składu osobowego zarządu wbrew przepisom k.s.h. Sprzeczne z osobowym charakterem spółki byłoby zatem postanowienie umowne powołujące członka zarządu wbrew art. 43 k.s.h. Celem ustanowienia zarządu jest bowiem wyodrębnienie zadań gospodarczych spółki od czynności związanych z wykonywaniem wolnego zawodu (a nie jak w spółce kapitałowej: kierowanie sprawami spółki).

## **3. Podsumowanie**

Sytuacja członka zarządu spółki partnerskiej jest bez wątpienia porównywalna z sytuacją członka zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Wynika to przede wszystkim z odpowiedniego stosowania przepisów. Niemniej jednak nie można zapominać, że spółka partnerska jest spółką osobową, a zatem zarząd nie może być analizowany przez

---

<sup>18</sup> M. Ciecierska, *op.cit.*, s.55.

<sup>19</sup> A.Rachwał, *Klauzule dotyczące reprezentowania spółki oraz zarządu spółki* [w:] A. Rachwał, *Umowa spółki jawnej, partnerskiej, komandytowej*, Warszawa 2009, s.217 i nast.

pryzmat organu osoby prawnej. Zgodnie z poglądem reprezentowanym przez część doktryny, zarząd spółki partnerskiej ma charakter quasi – organu, a jego nieco myląca nazwa związana jest z koniecznością odpowiedniego stosowania przepisów dotyczących spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Kolejną kontrowersją jest kwestia udziału partnera w zarządzie spółki. Zasadne jest wskazanie trzech różnych modeli, z jakimi możemy wiązać spółkę. W praktyce dominuje model mieszany, wynikający jednak bardziej z przezorności i obawy przed uznaniem czynności dokonywanych przez zarząd za wadliwe, aniżeli z literalnego stosowania przepisów. Taka ostrożność nie jest jednak podbudowana ani analizą doktrynalną (poza nielicznymi odmiennymi wypowiedziami), ani tym bardziej stosowaniem przepisów. Można zatem stwierdzić, że jakakolwiek odmienna praktyka sądowa (a w szczególności uznanie za wadliwe czynności zarządów menadżerskich) stanowi naruszenie przepisów prawa materialnego.

Członek zarządu spółki partnerskiej, pomimo tego, że nie jest członkiem organu w rozumieniu przepisów k.s.h. i k.c., wykazuje znaczne podobieństwo do członka zarządu spółki kapitałowej. Przede wszystkim mowa tu o podobieństwie ewentualnej odpowiedzialności za naruszenie zakazu konkurencji. Działalność członka zarządu, niebędącego jednocześnie partnerem spółki, rodzi odpowiedzialność wobec spółki w przypadkach wymienionych w art. 211 k.s.h. W związku z pominięciem przez ustawodawcę kwestii zarządu spółki partnerskiej, właściwym jest odpowiednie stosowanie przepisów. Nie można zgodzić się z poglądem, jakoby odpowiedzialność ta była zawsze wyłączona.

Zupełnie inaczej sytuje się odpowiedzialność członka zarządu, który jest współnikiem spółki partnerskiej. Wobec niego mają bowiem zastosowanie przepisy o zakazie konkurencji wspólnika, a nie członka zarządu.

Reasumując, spółka partnerska wykazuje pewne cechy hybrydalne. Wynika to z próby wprowadzenia przez ustawodawcę nieznanego wcześniej (dla innych spółek osobowych) tworu prawnego jakim jest zarząd. Na etapie prac nad projektem kodeksu rozważana była koncepcja o przyznaniu partnerom niebędącym w zarządzie spółki kompetencji rady nadzorczej<sup>20</sup>. Rozwiązanie to – ostatecznie odrzucone – nie powodowało jednakże utworzenia organu (rady nadzorczej), w skład którego mieliby wchodzić *ex lege* pozostali wspólnicy,

---

<sup>20</sup> M. Asłanowicz, *op.cit.*, s. 182.

lecz przyznanie tym wspólnikom uprawnień właściwych dla rady nadzorczej. Z podobną sytuacją mamy do czynienia na gruncie obowiązujących przepisów, w odniesieniu do zarządu. Jako quasi – organ absorbuje on bowiem kompetencje zarządu spółki kapitałowej (poprzez odpowiednie stosowanie przepisów), nie jest jednak *ex definitione* organem spółki.

Problematyka statusu członka zarządu spółki partnerskiej sprowadza się zatem przede wszystkim do oznaczenia, czy zarząd ten jest organem spółki czy też jedynie stanowi jego konstrukcyjne odbicie. W związku z powyższym, druga koncepcja zdaje się być bardziej trafna, choć należy zaznaczyć, że znacząco ogranicza zakres możliwych działań w stosunku do osób trzecich. Nie rozwiązuje także kwestii tworzenia się „sztucznego zarządu spółki”, który powstaje wskutek umownego ograniczenia prawa reprezentacji partnerów, przy pozostawieniu tych uprawnień niewielkiej grupie wspólników.

\* \* \*

#### **The status of a board member in a limited liability partnership.**

**Summary:** One of the most controversial institutions of Polish commercial law is the management board of the limited liability partnership. However, the legislator does not resolve the dispute regarding the management as a corporate body. The controversial idea, represented by a part of the doctrine is in opposition to the board as an institution different from typical companies. Such problems show the status of members of the board of a partnership. Including into the company some people from outside the shareholders, who have an impact on its operations, raises numerous controversies. On this basis the possibility of filling the board with people outside the shareholders may be regulated differently, or even be regulated in an unprivileged way. The dispute pending in the doctrine has a direct impact on the practical application of these institutions, as well as the court's decisions concerning registration of the partnership that may differ.

**Key words:** Board, professional partnership, polish commercial law.



## **Małgorzata Stępień\***

# **Odpowiedzialność komandytariusza w razie zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą. Uwagi na tle art. 116 Kodeksu spółek handlowych.**

### **Streszczenie**

Naturą gospodarczą spółki komandytowej jest powiązanie inwestora aktywnego (komplementariusz), prowadzącego sprawy spółki oraz reprezentującego ją na zewnątrz z inwestorem pasywnym (komandytariusz), dla którego przy ograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania spółki komandytowej udział w niej jest formą lokaty kapitału.

Zgodnie z art. 116 k.s.h., w przypadku zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą prowadzącym przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek, komandytariusz odpowiada jednak za zobowiązania powstałe przy prowadzeniu tego przedsiębiorstwa, a istniejące w chwili wpisu spółki do Krajowego Rejestru Sądowego.

Analiza zakresu odpowiedzialności komandytariusza w razie zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą jest istotna m.in. z uwagi na fakt, iż w spółce komandytowej podział na dwie kategorie wspólników, których pozycja różni się m.in. innym zakresem odpowiedzialności za zobowiązania spółki komandytowej, stanowi jedną z cech konstytutywnych tej spółki.

W pierwszej części artykułu przedstawiono zasady odpowiedzialności poszczególnych wspólników spółki komandytowej za zobowiązania spółki. W drugiej zaś zasady odpowiedzialności komandytariuszy w przypadku zawarcia umowy spółki z przedsiębiorcą. W artykule szczególną uwagę skupiono na rozumieniu pojęcia „przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek”, przesłankach koniecznych do zaistnienia odpowiedzialności komandytariuszy na podstawie art. 116 k.s.h. oraz kwestii zastosowania omawianej normy prawnej w przypadku zmiany umowy spółki.

**Słowa kluczowe:** Komandytariusz, spółka komandytowa, Kodeks Spółek Handlowych.

---

\* Autorka jest doktorantką na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

## 1. Wstęp

Po zmianie zasad opodatkowania spółki komandytowo – akcyjnej podatkiem dochodowym od osób prawnych, wprowadzonej ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku tonażowym<sup>1</sup>, wydaje się, że w obrocie gospodarczym coraz częściej zakładane są spółki komandytowe, w których komplementariuszem jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Jak słusznie zauważa A. Szumański naturą gospodarczą spółki komandytowej jest „powiązanie inwestora aktywnego (komplementariusza) z inwestorem pasywnym (komandytariuszem)”<sup>2</sup>, dla którego przy ograniczonej do wysokości sumy komandytowej odpowiedzialności za zobowiązania spółki komandytowej udział w niej jest formą lokaty kapitału. Niemniej jednak, zgodnie z art. 116 k.s.h.<sup>3</sup>, w przypadku zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą prowadzącym przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek, komandytariusz odpowiada także za zobowiązania powstałe przy prowadzeniu tego przedsiębiorstwa, a istniejące w chwili wpisu spółki do Krajowego Rejestru Sądowego. W doktrynie wskazana powyżej norma prawna budzi szereg wątpliwości.

Jak zauważa M. Spyra nie do końca jasnym jest, jakie jest „znaczenie normatywne tego przepisu w odniesieniu do zasad odpowiedzialności nabywcy przedsiębiorstwa za długi spółki (art. 55<sup>4</sup> k.c.<sup>4</sup>) oraz odpowiedzialności wspólników spółki komandytowej za jej zobowiązania”<sup>5</sup>. Wydaje się, że wątpliwości interpretacyjne na tle art. 116 k.s.h. mogą wynikać z faktu, iż zawarta w nim norma prawna stanowi odpowiednik art. 33 k.s.h. Niemniej jednak, zgodnie z tym artykułem wspólnicy spółki jawnej w przypadku zawarcia umowy spółki z przedsiębiorcą odpowiadają za zobowiązania tego przedsiębiorstwa wyłącznie w sytuacji, gdy umowa spółki została zawarta z przedsiębiorcą jednoosobowym, a przedsię-

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku tonażowym, Dz.U. z 2013 r. poz. 1387.

<sup>2</sup> A. Szumański [w:] A. Szajkowski (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo spółek osobowych*, t. 16, Warszawa 2008, s. 892.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. *Kodeks spółek handlowych*, t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1030 ze zm.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. *Kodeks cywilny*, t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.

<sup>5</sup> M. Spyra [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zabłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2014, s. 379.

biorstwo to zostało wniesione do spółki jawnej. Odpowiedzialność ta jest limitowana wartością wniesionego przedsiębiorstwa. Z literalnego brzmienia art. 116 k.s.h. nie wynika zaś nie tylko ograniczenie odpowiedzialności komandytariuszy za zobowiązania powstałe w związku z prowadzeniem przez jednego ze wspólników spółki prywatnego przedsiębiorstwa, ale również konieczność dokonania aportu przedsiębiorstwa do spółki komandytowej.

W konsekwencji wydaje się, że należy udzielić odpowiedzi nie tylko na pytanie jaki jest cel regulacji zawartej w art. 116 k.s.h., ale również, kiedy uaktualnia się odpowiedzialność komandytariusza na podstawie zawartej w art. 116 k.s.h. normy prawnej. W tym celu należy wyjaśnić nie tylko czy do uaktualnienia tej odpowiedzialności koniecznym jest wniesienie przedsiębiorstwa jako aportu do spółki komandytowej, ale również jak rozumieć zwrot „przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek”. Jedną z kluczowych kwestii wymagającą analizy jest również wyjaśnienie czy „przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek” może uzyskać status komandytariusza w spółce komandytowej oraz czy norma prawna z art. 116 k.s.h. ma zastosowanie w przypadku zmiany umowy spółki.

W pierwszej części artykułu przedstawiono zasady odpowiedzialności poszczególnych wspólników spółki komandytowej za zobowiązania spółki, w tym zasygnalizowano zasady odpowiedzialności komplementariuszy w przypadku zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą, którego wkład do spółki stanowił przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c.

W drugiej części artykułu przedstawiono zasady odpowiedzialności komandytariuszy w przypadku zawarcia umowy spółki z przedsiębiorcą, z położeniem nacisku na rozumienie pojęcia „przedsiębiorca prowadzący we własnym imieniu i na własny rachunek przedsiębiorstwo”, przesłankach koniecznych do zaistnienia odpowiedzialności komandytariuszy na podstawie art. 116 k.s.h. oraz kwestii zastosowania omawianej normy prawnej w przypadku zmiany umowy spółki.

## **2. Ogólne zasady odpowiedzialności wspólników spółki komandytowej za zobowiązania spółki.**

Zgodnie z art. 102 k.s.h., spółką komandytową jest spółka osobowa mająca na celu prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą, w której wobec wierzycieli za zobowiązania spółki co najmniej jeden wspólnik odpowiada bez ograniczenia (komplementariusz), a odpowiedzialność co najmniej jednego wspólnika (komandytariusza) jest ograniczona. Komplementariusza uważa się za wspólnika aktywnego, który prowadzi sprawy spółki oraz reprezentuje ją na zewnątrz. Zgodnie z art. 103 k.s.h., do zakresu oraz zasad odpowiedzialności komplementariusza odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy normujące zasady odpowiedzialności wspólników spółki jawnej. W konsekwencji, na podstawie art. 22 k.s.h. w związku z art. 31 k.s.h. oraz art. 103 k.s.h., komplementariusz odpowiada za zobowiązania spółki komandytowej całym swoim majątkiem, zarówno teraźniejszym, jak i przyszłym. Jest to odpowiedzialność<sup>6</sup> solidarna ze spółką oraz pozostałymi wspólnikami, nieograniczona oraz subsydiarna, co oznacza, że wierzyciel będzie mógł prowadzić egzekucję z majątku komplementariusza, dopiero gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna. Komandytariusz jest z kolei wspólnikiem pasywnym odpowiadającym za zobowiązania spółki do wysokości sumy komandytowej, jak również wolnym od odpowiedzialności w granicach wniesionego do spółki wkładu. Jego odpowiedzialność jest również odpowiedzialnością subsydiarną, osobistą oraz solidarną ze spółką oraz pozostałymi wspólnikami. Niemniej jednak, w przeciwieństwie do odpowiedzialności komplementariusza, jego odpowiedzialność jest ograniczona do wysokości sumy komandytowej<sup>7</sup>. Jak wskazuje A. Szajkowski,

---

<sup>6</sup> Na temat charakteru prawnego zasad odpowiedzialności wspólników spółki jawnej za zobowiązania spółki zob. m.in.: A. Szumański [w:] A. Szajkowski (red.) *System ..., op.cit.*, s. 950-951. B. Borowy [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 111-114, G. Nita – Jagielski [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zabłocki, *Kodeks..., op.cit.*, s. 127, J. Strzępka, E. Zielińska [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2012, s. 83-86, S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. t. 1, Wyd. 3, Warszawa 2012, s. [391-395], K. Strzelczyk [w:] J.P. Naworski, R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski, K. Strzelczyk, *Komentarz do art. 22 Kodeksu spółek handlowych*, wyd. 1, teza 5 i n. Lex/el., 2015, A. Kidyba [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 22 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*, teza 6 - 8, Lex/el., 2015, R. Pabis, *Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki jawnej*, MoP 16/2002, teza II - III i V, Legalis.

<sup>7</sup> Na temat charakteru prawnego zasad odpowiedzialności komandytariuszy zob. m.in.: A. Szumański [w:] A. Szajkowski (red.) *System ..., op.cit.*, s. 951-955, T. Szczurowski [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks ..., op.cit.*, s. 386-388, M. Spyra [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zabłocki, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 335-355, P. Pinior [w:] J. Strzępka, E. Zielińska, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 194-199, J. Szwaja, I. Mika [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Kodeks ..., op.cit.*, s. [885-893], J.P. Naworski, R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski, K. Strzelczyk [w:] J.P. Naworski, R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski, K. Strzelczyk, *Komentarz do art. 111 Kodeksu spółek handlowych*, teza 1-11 i n. Lex/el.,

komandytariusz jako „inwestor pasywny uczestniczy (...) w przedsięwzięciu tylko majątkowo, traktując je jako formę korzystniejszej lokaty swego kapitału czy lepszego zagospodarowania własnego majątku, bez możliwości bezpośredniego angażowania własnego czasu i umiejętności w prowadzenie tego przedsięwzięcia”<sup>8</sup>. W konsekwencji, w przeciwieństwie do komplementariusza, nie ma on obowiązku prowadzenia spraw spółki ani jej reprezentacji<sup>9</sup>. W doktrynie zgodnie przyjmuje się, iż wskazany powyżej podział na dwie kategorie wspólników, a także różny zakres odpowiedzialności wspólników spółki komandytowej jest jedną z cech konstytutywnych spółki komandytowej. Nie ulega wątpliwości, że wspólnikami spółki komandytowej mogą być zarówno osoby fizyczne, osoby prawne, jak i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną<sup>10</sup>.

Kodeks spółek handlowych w Tytule II Dziale III nie reguluje w sposób szczególny odpowiedzialności komplementariuszy w razie zawarcia umowy spółki komandytowej z „przedsiębiorcą prowadzącym przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek”. Z uwagi na powyższe, stosuje się przepisy ogólne. P. Pinior<sup>11</sup> uważa, że w takim przypadku poprzez odesłanie z art. 103 k.s.h. do przepisów o spółce jawnej, odpowiedzialność komplementariusza regulowana jest przez art. 33 k.s.h., a więc odpowiada on za zobowiązania jednoosobowego przedsiębiorcy, który wniósł swoje przedsiębiorstwo do spółki komandytowej do wartości wniesionego przedsiębiorstwa według stanu w chwili wniesienia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. Niezależnie od powyższego, spółka

---

2015, A. Kidyba [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 111 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*, teza 1, Lex/el., 2015.

<sup>8</sup> A. Szajkowski [w:] A. Szajkowski (red.), *System...*, *op.cit.*, s. 896.

<sup>9</sup> Zgodnie z art. 118 k.s.h., komandytariusz może reprezentować spółkę jedynie jako pełnomocnik. Jeżeli komandytariusz dokona w imieniu spółki czynności prawnej, nie ujawniając swojego pełnomocnictwa, odpowiada za skutki tej czynności wobec osób trzecich bez ograniczenia; dotyczy to także reprezentowania spółki przez komandytariusza, który nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres.

<sup>10</sup> Tak np. M. Spyra [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zabłocki, *Kodeks ...*, *op.cit.*, s. 299. Autor ten słusznie zauważa, iż jednostki samorządu terytorialnego nie mogą przystępować do spółek komandytowych. Zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2016 r. poz. 573), jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki komandytowe w ramach projektów partnerstwa publiczno-prawnego. Jak wskazuje M. Spyra, w razie zmiany struktury partnerstwa można dopuścić możliwość przystąpienia jednostki samorządu terytorialnego do już istniejącej spółki komandytowej.

<sup>11</sup> R. Pabis, *Nowelizacja Kodeksu spółek handlowych (cz. I)*, PSp., 3/ 2004, s. 5. Tak też np. M. Rodzyńkiewicz, *Komentarz do art. 103 Kodeksu spółek handlowych*, wyd. VI, Warszawa 2014, teza 2, Legalis.

komandytowa również odpowiada za zobowiązania przedsiębiorcy jednoosobowego, a powstałe w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa, przy czym podstawę odpowiedzialności stanowi art. 55<sup>4</sup> k.c.

### **3. Odpowiedzialność komandytariuszy za zawarcie umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą.**

Zgodnie z art. 116 k.s.h., w przypadku zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą prowadzącym przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek, komandytariusz odpowiada także za zobowiązania powstałe przy prowadzeniu tego przedsiębiorstwa, a istniejące w chwili wpisu spółki do Krajowego Rejestru Sądowego. Wskazana powyżej norma prawna stanowi niejako odpowiednik art. 151 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy<sup>12</sup>, zgodnie z którym "Kto jako komandytariusz przystępuje do przedsiębiorstwa kupca jednoosobowego, odpowiada także za zobowiązania, powstałe przy prowadzeniu przedsiębiorstwa, a istniejące w chwili wpisania spółki do rejestru handlowego". W pierwotnej wersji wskazany powyżej przepis Kodeksu handlowego regulował odpowiedzialność komandytariusza w związku z jego przystąpieniem do przedsiębiorstwa kupca jednoosobowego, który był osobą fizyczną. Ustawą z dnia 31 sierpnia 1991 r. o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Kodeks handlowy<sup>13</sup> doszło do zmiany brzmienia art. 151 k.h., na skutek czego wskazana powyżej norma prawna nie regulowała już przystąpienia, a zawarcie umowy spółki komandytowej. Pojęcie kupca jednoosobowego zastąpiono zaś pojęciem podmiotu gospodarczego, który prowadzi przedsiębiorstwo. Na podstawie ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym, pojęcie „podmiotu gospodarczego” zostało zaś zastąpione pojęciem "przedsiębiorcy, który prowadzi przedsiębiorstwo"<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. *Kodeks handlowy*, Dz.U. z 1934 r. Nr 57, poz. 502, dalej także jako k.h.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 31 sierpnia 1991 r. *o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Kodeks handlowy*, Dz.U. z 1991 r. Nr 94, poz. 418.

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz.U. z 1997 Nr 121, poz. 770.



Jak wskazuje B. Gnela „w wyniku tego rodzaju nowelizacji art. 151 Kodeksu handlowego zmienił swój pierwotny sens i przestał być zharmonizowany z art. 87 Kodeksu handlowego”<sup>15</sup> (odpowiednikiem obecnego art. 33 k.s.h.). Niemniej jednak, wskazana powyżej autorka podnosi również, iż rozszerzenie zakresu zastosowania normy prawnej z art. 151 k.h. mogło zostać uznane za pomyłkę ustawodawcy<sup>16</sup>. Jako że pomimo wielokrotnej nowelizacji Kodeksu spółek handlowych<sup>17</sup> art. 116 k.s.h. nie został znowelizowany, obecnie nasuwa on w doktrynie szereg wątpliwości odnośnie zasad odpowiedzialności komandytariuszy za zobowiązania innego wspólnika spółki komandytowej, a powstałe przy prowadzeniu jego niejako prywatnego przedsiębiorstwa.

### 3.1 Pojęcie przedsiębiorcy

Jak wskazano w pkt 3 powyżej, zgodnie z art. 116 k.s.h., w przypadku zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą prowadzącym przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek, komandytariusz odpowiada także za zobowiązania powstałe przy prowadzeniu tego przedsiębiorstwa, a istniejące w chwili wpisu spółki do rejestru. Kodeks spółek handlowych nie zawiera definicji zwrotu: „przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek”. Bazując zaś na definicji przedsiębiorcy z art. 43<sup>1</sup> k.c., którą należy stosować zgodnie z art. 2 k.s.h. w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie, za przedsiębiorcę uważa się osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną, o której mowa w art. 33<sup>1</sup> § 1 k.c., prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Definicja ta koresponduje z definicją przedsiębiorcy zawartą w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>18</sup>. Zgodnie z art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, za działalność gospodarczą uważa się zarobkową „działalność wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły”. W ustawie Kodeks spółek handlowych

---

<sup>15</sup> B. Gnela, *Uwagi na temat art. 33 Kodeksu spółek handlowych i jego nowelizacji* [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach*, Wrocław 2013, s. 462.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Znowelizowany np. przez: Dz.U. 2001 Nr 102, poz. 1117, Dz.U. 2003 Nr 49, poz. 408, Dz.U. Nr 217, poz. 1381 itp.

<sup>18</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, j.t. Dz.U. z 2015, Nr 584 ze zm.

do definicji przedsiębiorcy dodano dodatkowo zwrot „i na własny rachunek”, którego brak w wyżej wymienionych ustawach. Definicja przedsiębiorcy zawarta w ustawie Prawo o swobodzie działalności gospodarczej jest zaś szersza. Na gruncie tej ustawy za przedsiębiorcę uznaje się również podmiot, który prowadzi działalność gospodarczą lub zawodową we własnym imieniu, ale na cudzy rachunek. Z uwagi na cel normy prawnej zawartej w art. 116 k.s.h., jakim niewątpliwie jest ochrona wierzycieli przedsiębiorcy, który zawarł umowę spółki komandytowej, wydaje się, że intencją ustawodawcy nie było zawężenie podmiotowe definicji przedsiębiorcy, a w konsekwencji ograniczenie odpowiedzialności komandytariuszy wyłącznie do sytuacji zawarcia umowy spółki z przedsiębiorcą wykonującym działalność nie tylko we własnym imieniu, ale i na własny rachunek. Podobnie, w świetle wykładni literalnej, nieuzasadniony wydaje się pogląd jakoby art. 116 k.s.h. miał zastosowanie wyłącznie w sytuacji zawarcia umowy spółki komandytowej z jednoosobowym przedsiębiorcą prowadzącym we własnym imieniu działalność gospodarczą. Takie zawężenie definicji przedsiębiorcy nie znajduje uzasadnienia. Jak B. Gnela podnosi, skoro w pracach nad Kodeksem spółek handlowych w art. 33 k.s.h. wprowadzono pojęcie „przedsiębiorcy jednoosobowego”, a w art. 116 k.s.h. pojęcie „przedsiębiorcy prowadzącego przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek”, to wobec tego rodzaju konsekwencji ustawodawcy, należy odstąpić od poglądu, iż w art. 116 k.s.h. kontynuuje on błąd popełniony w 1991 r. w czasie nowelizacji art. 151 Kodeksu handlowego<sup>19</sup>. Jednocześnie, jak słusznie zauważa B. Gnela<sup>20</sup> nie oznacza to, iż uzasadnione jest wprowadzenie odmiennego zakresu zastosowania art. 33 k.s.h. i 116 k.s.h. W konsekwencji należy uznać za słuszny pogląd większościowy, jakoby art. 116 k.s.h. miał zastosowanie w przypadku, gdy przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność sądową, prowadząca we własnym imieniu przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c., tj. zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej.

---

<sup>19</sup> B. Gnela, *Uwagi..., op.cit.*, s. 462.

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 462.

### 3.2. Status prawny wspólnika prowadzącego przedsiębiorstwo

Omawiając kwestię odpowiedzialności komandytariusza w przypadku aktualizacji hipotezy art. 116 k.s.h. należy odpowiedzieć na pytanie jaki status w spółce komandytowej może przyjąć „przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek”. Doktryna w tym przedmiocie jest podzielona. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem, reprezentowanym przez A. Kidybę<sup>21</sup>, P. Piniora<sup>22</sup>, J.P. Naworskiego<sup>23</sup> oraz M. Litwińską – Werner<sup>24</sup>, art. 116 k.s.h. ma zastosowanie jedynie w sytuacji, w której „przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek” uzyska status komplementariusza. Zgodnie zaś z drugim poglądem, reprezentowanym przez M. Spyra<sup>25</sup>, A. Herberta<sup>26</sup>, A. Witosza<sup>27</sup>, T. Szczurowskiego<sup>28</sup>, J. Szwaje<sup>29</sup> oraz I. Mikę<sup>30</sup>, wskazana powyżej norma prawna ma zastosowanie również w sytuacji, gdy przedsiębiorca ten uzyska status komandytariusza.

Za przyjęciem pierwszego z wyżej wymienionych poglądów przemawia wykładnia historyczna<sup>31</sup>. W pierwotnym brzmieniu art. 151 k.h. stanowił bowiem, że "Kto jako komandytariusz przystępuje do przedsiębiorstwa kupca jednoosobowego, odpowiada także za zobowiązania, powstałe przy prowadzeniu przedsiębiorstwa, a istniejące w chwili wpisania spółki do rejestru handlowego". Nadto, jak słusznie zauważa M. Spyra, za poglądem tym przemawia również fakt, iż "można (...) odnieść wrażenie, że przepis milczy o odpowie-

---

<sup>21</sup> A. Kidyba [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 116 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*, teza 2, Lex/el. 2016.

<sup>22</sup> P. Pinior [w:] J. Strzępka, E. Zielińska, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 209.

<sup>23</sup> J.P. Naworski [w:] J.P. Naworski, R. Potrzebszcz, T. Siemiątkowski, K. Strzelczyk, *Komentarz do art. 116 Kodeksu spółek handlowych*, teza 5, Lex/el., 2011.

<sup>24</sup> M. Litwińska – Werner, *Komentarz do art. 116 Kodeksu spółek handlowych*, wyd. 3, teza 4, Legalis.

<sup>25</sup> M. Spyra [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zabłocki, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 380.

<sup>26</sup> A. Herbert, *Spółka komandytowa według przepisów Kodeksu spółek handlowych*, Lublin 2004, s. 148.

<sup>27</sup> A. Witosz [w:] J. A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 184

<sup>28</sup> T. Szczurowski [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks ..., op.cit.*, s. 403, M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 182,

<sup>29</sup> J. Szwaja oraz I. Mika [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 919

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Tak M. Spyra [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zabłocki, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 380.

działności komplementariusza właśnie dlatego, że jest nim zbywca przedsiębiorca, który odpowiada za związane z jego prowadzeniem zobowiązania jak za własne długi"<sup>32</sup>.

Za przyjęciem drugiego poglądu, do którego się przychylam, przemawia to, że analizowana norma prawna reguluje odpowiedzialność komandytariusza wyłącznie jako element stosunków zewnętrznych. Tym samym, jak pisze M. Spyra: „nie ma powodów, aby ograniczyć możliwość wniesienia przez komandytariusza przedsiębiorstwa jako wkładu”<sup>33</sup>. Dodatkowo, za przyjęciem tego stanowiska przemawia również paremia prawnicza: *Lege non distinguente nec nostrum est distinguere*. Literalne brzmienie normy prawnej z art. 116 k.s.h. nie wskazuje bowiem, aby "przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek" mógł uzyskać w spółce wyłącznie status komplementariusza.

Należy również zauważyć, iż aport przedsiębiorstwa przez komandytariusza może być częstą sytuacją w przypadku, gdy stroną umowy spółki komandytowej jest kilka osób. Wówczas hipoteza normy prawnej z art. 116 k.s.h. ma zastosowanie w stosunku do pozostałych komandytariuszy.

Samo wniesienie zaś przedsiębiorstwa do spółki komandytowej przez osobę, która w efekcie uzyska status komandytariusza nie zwalnia jej z zaciągniętych uprzednio zobowiązań związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Na gruncie art. 55<sup>4</sup> k.c. ów komandytariusz jako zbywca przedsiębiorstwa odpowiadać będzie w sposób nieograniczony za zobowiązania związane z jego prowadzeniem, solidarnie z nabywcą, tj. spółką komandytową.

### 3.3. Zawarcie umowy spółki czy aport przedsiębiorstwa do spółki

W doktrynie nie ma również jednolitego stanowiska czy aby komandytariusz odpowiadał na gruncie art. 116 k.s.h. za zobowiązania innego wspólnika spółki komandytowej prowadzącego uprzednio we własnym imieniu i na własny rachunek przedsiębiorstwo, wystarczające jest samo zawarcie umowy spółki z przedsiębiorcą czy też konieczne jest, aby to przedsiębiorstwo lub jego zorganizowana część stanowiły przedmiot aportu do spółki komandytowej. Za pierwszym stanowiskiem opowiedział się M. Rodzyńkiewicz<sup>34</sup> oraz

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 380.

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 380.

<sup>34</sup> M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks...*, *op.cit.*, s. 182.

T. Szczurowski<sup>35</sup>. Zdaniem M. Rodzynkiewicza na gruncie art. 116 k.s.h. wystarczające jest samo zawarcie umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą. Brak konieczności wniesienia aportu do spółki komandytowej w postaci przedsiębiorstwa lub jego części wynika zaś już z wykładni literalnej oraz systemowej art. 116 k.s.h.<sup>36</sup>. Podobnie przyjmuje T. Szczurowski<sup>37</sup>. Autor ten zauważa, iż również na gruncie art. 151 k.h. odpowiedzialność komandytariuszy w przypadku zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą nie była uzależniona od aportu w postaci przedsiębiorstwa do spółki komandytowej. Ograniczenie takie zawarte jest wyłącznie w art. 33 k.s.h. regulującym odpowiedzialność wspólników spółki jawnej w przypadku zawarcia umowy spółki z przedsiębiorcą. Nie można go zaś domniemywać w przypadku zawarcia umowy spółki komandytowej. Zdaniem wyżej wymienionego autora przemawia za tym fakt, iż żadna z dotychczasowych nowelizacji Kodeksu spółek handlowych nie dotyczyła art. 116 k.s.h. W konsekwencji, zdaniem T. Szczurowskiego, art. 116 k.s.h. znajduje zastosowanie w każdym przypadku zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą, niezależnie od przedmiotu wkładu tego wspólnika do spółki.

M. Spyra<sup>38</sup>, A. Herbert<sup>39</sup>, P. Pinior<sup>40</sup> oraz A. Witosz<sup>41</sup> prezentują z kolei pogląd odmienny. Uważają oni, iż art. 116 k.s.h. dotyczy sytuacji, w której przedsiębiorstwo wspólnika stanowi wkład na własność do spółki komandytowej. Należy przy tym zauważyć, iż wniesienie przedsiębiorstwa tytułem wkładu nie oznacza konieczności jego dalszego prowadzenia przez spółkę komandytową, a ma jedynie umożliwić ewentualne kontynuowanie tej działalności<sup>42</sup>. W konsekwencji może ono zostać również przez spółkę zbyte. P. Pinior uważa, iż zasady odpowiedzialności wynikające z art. 116 k.s.h. nie mogą być rozpa-

---

<sup>35</sup> T. Szczurowski, Z. Jara (red.), *Kodeks ..., op.cit.*, s. 402-403.

<sup>36</sup> M. Rodzynkiewicz, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 182-183.

<sup>37</sup> T. Szczurowski, Z. Jara (red.), *Kodeks ..., op.cit.*, s. 403.

<sup>38</sup> M. Spyra [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zabłocki, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 379-380.

<sup>39</sup> A. Herbert, *Spółka ..., op.cit.*, s. 149.

<sup>40</sup> P. Pinior [w:] J. Strzępka, E. Zielińska, *Kodeks ..., op.cit.*, s.210.

<sup>41</sup> A. Witosz, [w:] J. A. Strzępka (red.), *Kodeks ..., op.cit.*, s. 184.

<sup>42</sup> Tak np. A. Herbert, *Spółka ..., op.cit.*, s.149, A. J. Witosz, *Odpowiedzialność z tytułu zawarcia umowy spółki osobowej z przedsiębiorcą* [w:] Rejent, 2008, Nr 5, s. 120.

trywane w oderwaniu od art. 55<sup>4</sup> k.c.<sup>43</sup>. Zgodnie z wyżej wymienionym przepisem, nabywca przedsiębiorstwa jest odpowiedzialny solidarnie ze zbywcą za jego zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, chyba że w chwili nabycia nie wiedział o tych zobowiązaniach, mimo zachowania należytej staranności. Odpowiedzialność nabywcy ogranicza się do wartości nabytego przedsiębiorstwa według stanu w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2007 r.<sup>44</sup>, zbyciem przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>4</sup> k.c. jest także wniesienie go jako aportu do spółki. W takim przypadku, oprócz zbywcy, za zobowiązania takiego przedsiębiorstwa odpowiada, co do zasady, również nabywca przedsiębiorstwa, a więc spółka do której wniesiono aport. Ich odpowiedzialność jest solidarna. W konsekwencji zobowiązania przedsiębiorstwa obciążają również spółkę komandytową. Jej odpowiedzialność jest ograniczona do wartości nabytego przedsiębiorstwa wspólnika według stanu w chwili nabycia, a według cen w chwili zaspokojenia wierzyciela. W takim przypadku, po wniesieniu przedsiębiorstwa do spółki komandytowej, komandytariusz odpowiada również za zobowiązania tego przedsiębiorstwa. Jego odpowiedzialność jest solidarna ze spółką oraz ograniczona do wysokości sumy komandytowej. Jak wskazuje J. Szwaja: „komandytariusz odpowiada za długi powstałe przy prowadzeniu przedsiębiorstwa, niezależnie od tego, czy wiedział, czy też nie wiedział o tych długach w momencie zawierania umowy spółki i jej rejestracji”<sup>45</sup>. Interpretacją ta opiera się na literalnym brzmieniu art. 116 k.s.h., w którym brak jakiegokolwiek odniesienia do elementów subiektywnych dotyczących komandytariusza. Wydaje się, że istotne jest jedynie czy nabywca przedsiębiorstwa, pomimo dołożenia należytej staranności, nie mógł dowiedzieć się o zobowiązaniach wnoszonego do spółki przedsiębiorstwa (wynika to z brzmienia art. 55<sup>4</sup> k.c.).

---

<sup>43</sup> P. Pinior [w:] J. Strzępka, E. Zielińska, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 210 – 211. Odmienne stanowisko prezentuje J.P. Naworski, [w:] J.P. Naworski, R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski, K. Strzelczyk, *Komentarz do art. 116 Kodeksu spółek handlowych*, wyd. 1, teza 9, Lex/el nr 9039, zdaniem którego, odpowiedzialność komandytariusza ma autonomiczny charakter. W konsekwencji nie jest ona związana z odpowiedzialnością przewidzianą w art. 55<sup>4</sup> k.c.

<sup>44</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2007 r., V CSK 518/06, Lex nr 488975.

<sup>45</sup> J. Szwaja, I. Mika [w:] S. Sołtyński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Kodeks ..., op.cit.*, s. 919.



M. Spyra<sup>46</sup> podnosi dodatkowo, iż w razie przyjęcia odpowiedzialności komandytariusza na gruncie omawianej normy prawnej, pomimo braku wniesienia do spółki komandytowej przedsiębiorstwa wspólnika, doszłoby do sytuacji, w której wyłącznie komandytariusz odpowiadałby za zobowiązania przedsiębiorstwa. Tym samym spółka komandytowa nie byłaby odpowiedzialna za zobowiązania przedsiębiorstwa jednego ze wspólników na podstawie art. 55<sup>4</sup> k.c. Odpowiedzialność taką ponosiliby zaś komandytariusze spółki komandytowej, pomimo iż *de facto* przedsiębiorstwo wspólnika spółki komandytowej w żaden sposób nie byłoby powiązane ze spółką komandytową. Wszelkie korzyści majątkowe z jego prowadzenia osiągałby prowadzący je we własnym imieniu i na własny rachunek wspólnik spółki komandytowej.

Ponadto, w świetle zasad odpowiedzialności za zobowiązania spółki komandytowej wydaje się, że przyjęcie odpowiedzialności komandytariusza, w przypadku braku aportu przedsiębiorstwa do spółki komandytowej, stanowiłoby przerzucenie na niego odpowiedzialności za zobowiązania niejako prywatnego podmiotu - przedsiębiorstwa prowadzonego uprzednio przez inną stronę umowy spółki komandytowej.

Wydaje się, że twierdzenie to pozostaje aktualne w sytuacji uzyskania przez wskazanego powyżej przedsiębiorcę statusu komplementariusza, a tym samym powstania nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania spółki komandytowej. Wynika to z charakteru prawnego odpowiedzialności komplementariusza, który nienależnie od tego czy jest on osobą fizyczną czy osobą prawną, odpowiada za zobowiązania spółki komandytowej zawsze subsydiarnie (art. 22 k.s.h.). Rozwiązanie to wzmacnia pozycję wierzycieli osobistych komplementariusza.

W takiej sytuacji, przypisanie odpowiedzialności komandytariuszowi za zobowiązania prywatnego przedsiębiorstwa komplementariusza stanowiłoby nieuzasadnione uprzywilejowanie wierzycieli przedsiębiorstwa komplementariusza.

---

<sup>46</sup> M. Spyra [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zabłocki, *Kodeks..., op.cit.*, s. 380.

### 3.4. Przedmiot aportu do spółki komandytowej a odpowiedzialność komandytariuszy

Zagadnieniem wymagającym analizy jest również kwestia przedmiotu aportu do spółki komandytowej, który uzasadniałby przypisanie komandytariuszom odpowiedzialności za zobowiązania przedsiębiorstwa wspólnika wnoszącego ów wkład. A. Witosz<sup>47</sup> uważa, iż w takim przypadku zasadnym wydaje się, aby do spółki komandytowej zostało wniesione całe przedsiębiorstwo wspólnika. R. Pabis<sup>48</sup> wskazuje z kolei, że regulacja zawarta w art. 116 k.s.h. dotyczy również sytuacji, gdy do spółki została wniesiona zorganizowana część przedsiębiorstwa, tudzież wkład polega na obciążeniu przedsiębiorstwa umową użytkowania lub dzierżawy. Zdaniem M. Rodzyńkiewicza<sup>49</sup> przedmiot wkładu do spółki komandytowej nie musi być zaś w ogóle związany z przedsiębiorstwem. Przyjmując, iż odpowiedzialność z art. 116 k.s.h. należy rozpatrywać w kontekście zasad odpowiedzialności nabywcy przedsiębiorstwa z art. 55<sup>4</sup> k.c., analizując powyższe zagadnienie, należy odwołać się do wniosków doktryny i orzecznictwa na gruncie tego artykułu. „Doktryna i orzecznictwo akceptują raczej pogląd, że w takim przypadku przedsiębiorstwo należy rozumieć w znaczeniu przedmiotowym”<sup>50</sup>. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 listopada 2005 r.<sup>51</sup> uznał, iż odpowiedzialność na gruncie art. 55<sup>4</sup> k.c. ponosi również nabywca zorganizowanej części przedsiębiorstwa. W ocenie Sądu Najwyższego „przyjęcie, że zorganizowana część przedsiębiorstwa to jego część, zwłaszcza wyodrębniona organizacyjnie i finansowo jako zakład lub oddział, obejmująca zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, która zarazem mogłaby stanowić samodzielne przedsiębiorstwo realizujące te zadania, oznacza, iż odpowiada ona istocie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (art. 55<sup>1</sup> k.c.) i może być potraktowana jako przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 526 k.c.”<sup>52</sup>, tj. obecnie 55<sup>4</sup> k.c. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2003 r.<sup>53</sup> dotyczącym aportu przedsiębiorstwa do spółki akcyjnej

---

<sup>47</sup> A. Witosz, [w:] *J. A. Strzępka* (red.), *Kodeks...*, *op.cit.* s. 184.

<sup>48</sup> R. Pabis, *Nowelizacja ...*, *op.cit.*, s. 5.

<sup>49</sup> M. Rodzyńkiewicz, *Komentarz do art. 116 Kodeksu spółek handlowych*, wyd. VI, teza 2, Lex/el nr 10054.

<sup>50</sup> J. Mojak [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Komentarz do art. 55<sup>4</sup> Kodeksu cywilnego*, Wyd. 8, Warszawa 2015, Legalis.

<sup>51</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2005 r., V CK 381/05, LEX nr 180897.

<sup>52</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r., V CSK 213/10, Lex nr 786681.

<sup>53</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2003 r., IV CKN 51/01, Lex nr 78892.

uznano, iż o tym czy doszło do wniesienia przedsiębiorstwa jako aportu do spółki, decyduje zakres przekazanego majątku, praw i zobowiązań. Stanowisko to wydaje się aktualne również w przypadku aportu zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Jak słusznie zauważa R. Morek<sup>54</sup> bez znaczenia pozostaje wartość majątkowa transakcji zbycia przedsiębiorstwa czy też jego zorganizowanej części. Reasumując, w orzecznictwie<sup>55</sup> wyrażono pogląd, iż nabycie przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>4</sup> k.c. dochodzi do skutku, jeśli spełnione są następujące przesłanki. Po pierwsze, w wyniku kilku czynności prawnych dochodzi w istocie do nabycia przedsiębiorstwa zbywcy. Po drugie, celem poszczególnych umów było właśnie nabycie przedsiębiorstwa. Po trzecie, istnieje tożsamość stron w poszczególnych umowach. W kontekście powyższego, jak i literalnego brzmienia art. 55<sup>4</sup> k.c., w którym mowa o przeniesieniu własności przedsiębiorstwa, a nie o jego oddaniu do używania osobie trzeciej na podstawie umowy cywilnoprawnej, wydaje się, że szeroka wykładnia omawianej powyżej normy prawnej, dopuszczająca odpowiedzialność nabywcy przedsiębiorstwa w przypadku wniesienia przedsiębiorstwa do używania jest nieuzasadniona. W kontekście powyższego należy również uznać, iż odpowiedzialność komandytariusza z art. 116 k.s.h. nie powstaje w razie wniesienia przedsiębiorstwa jako aportu do używania. Przyjęcie poglądu przeciwnego doprowadziłoby do sytuacji, w której odpowiedzialność komandytariusza za zobowiązania aportowanego przedsiębiorstwa byłaby szersza niż odpowiedzialność spółki komandytowej, która co do zasady nie odpowiada wówczas na gruncie art. 55<sup>4</sup> k.c., który mówi jedynie o przeniesieniu własności.

### 3.5 Przystąpienie nowego wspólnika do spółki

Literalne brzmienie normy prawnej wyrażonej w art. 116 k.s.h. wskazuje, iż dotyczy ona wyłącznie zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą, a nie jej zmiany. W doktrynie prezentowane są jednak odmienne stanowiska. Stanowisko, zgodnie z którym art. 116 k.s.h. dotyczy wyłącznie zawiązania spółki komandytowej, zostało wyrażone m.in. przez A. Herberta<sup>56</sup>. M. Spyra<sup>57</sup> oraz P. Pinior<sup>58</sup> uznają z kolei, iż odpowiedzialność

---

<sup>54</sup> R. Morek [w:] K. Osajda (red.) *Komentarz do art. 55<sup>4</sup> Kodeksu cywilnego*, Legalis 2015.

<sup>55</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2005 r., III CK 705/04, Lex nr 150645.

<sup>56</sup> A. Herbert, *Spółka...*, *op.cit.*, s. 147.

ta obejmuje również komandytariuszy w razie zmiany umowy spółki poprzez przyjęcie nowego wspólnika, którego przedsiębiorstwo stanowi wkład do spółki komandytowej. Pogląd ten wydaje się słuszny. Z wykładni celowościowej omawianego przepisu wynika, iż nie ma racjonalnego uzasadnienia, aby zawęzić zakres odpowiedzialności z art. 116 k.s.h. wyłącznie do zawarcia umowy spółki. Z punktu widzenia wierzycieli przedsiębiorstwa wnoszonego do spółki komandytowej, ich sytuacja prawna wygląda tak samo w razie aportu przedsiębiorstwa do nowo zakładanej spółki komandytowej, jak i aportu do działającej już na rynku spółki. Również w takim przypadku powstaje odpowiedzialność nabywcy przedsiębiorstwa z art. 55<sup>4</sup> k.c. Teoretycznie można co prawda założyć, iż spółka działająca na rynku jest w lepszej kondycji finansowej niż tzw. *start up*. Niemniej jednak nie jest to argument przemawiający za ograniczeniem zastosowania art. 116 k.s.h. Co więcej, wydaje się, że ograniczenie jego zastosowania wyłącznie do zawarcia pierwotnej umowy spółki komandytowej, mogłoby w praktyce gospodarczej doprowadzić do sytuacji, w której początkowo przy zakładaniu umowy spółki przedmiotem wkładu byłaby np. mała kwota pieniężna czy też aport niezwiązany z przedsiębiorstwem, po to aby uniknąć odpowiedzialności komandytariuszy z art. 116 k.s.h. Następnie zaś wspólnicy zmienialiby umowę spółki komandytowej i wnosili do niej przedsiębiorstwo.

#### **4. Zakończenie**

W kontekście przedstawionych powyżej rozważań wydaje się, iż pomimo literalnego brzmienia art. 116 k.s.h., w przypadku zawarcia umowy spółki z "przedsiębiorcą prowadzącym przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny rachunek", komandytariusz odpowiada wyłącznie w sytuacji aportu przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części do spółki komandytowej. Wydaje się, że jego odpowiedzialność należy rozpatrywać w kontekście zasad odpowiedzialności spółki komandytowej wynikających z art. 55<sup>4</sup> k.c. Wspólnik pasywny nie powinien bowiem odpowiadać w zakresie szerszym niż sama spółka komandytowa. Niewątpliwie celem omawianego przepisu było wzmocnienie pozycji wierzycieli przedsiębiorcy prowadzącego przedsiębiorstwo we własnym imieniu i na własny ra-

---

<sup>57</sup> M. Spyra [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita – Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Fotel, R. Zabłocki, *Komentarz do art. 116 Kodeksu spółek handlowych*, wyd. IV, teza 2, Legalis.

<sup>58</sup> P. Piniór [w:] P. Piniór, J. Strzępka, E. Zielińska, *Komentarz do art. 116 Kodeksu spółek handlowych*, wyd. VII, teza 2, Legalis.

chunek, który następnie zawiera lub przystępuje do spółki komandytowej. Niemniej jednak, w sytuacji, w której ani spółka komandytowa, ani komandytariusze nie uzyskują z faktu zawarcia umowy spółki komandytowej z przedsiębiorcą wymiernych korzyści majątkowych, a taką jest niewątpliwie brak aportu przedsiębiorstwa do spółki, mogłoby dojść do zatarcia granicy pomiędzy odpowiedzialnością komandytariusza, a komplementariusza, stanowiącą jedną z cech konstytutywnych spółki komandytowej.

Nadto, wydaje się, że nieuzasadnione jest tak diametralne różnicowanie odpowiedzialności komandytariuszy oraz wspólników spółki jawnej, więc aby uniknąć wszelkich wątpliwości interpretacyjnych jakie niesie ze sobą obecne brzmienie art. 116 k.s.h., należy dokonać jego zmiany lub uchylecia, co umożliwi stosowanie art. 33 k.s.h.

\* \* \*

**The liability of a limited partner in the event that a contract of a limited partnership is created with the company. Notes on section 116 of the Commercial Companies Code.**

**Summary:** The nature of a limited partnership results from a combination of an active investor (general partner), who conducts the company's affairs and represents it outside, with a passive investor (limited partner), who treats participation in the this company like a form of capital investment.

In accordance with section 116 of the Code of Commercial Companies, in the event of execution of a deed of a limited partnership with an entrepreneur who conducts a business enterprise in his own business name and on his own account, the limited partner shall also be liable for the obligations arising from the entrepreneur's business enterprise and existing at the time of entry of the partnership into the register.

Analysis of limited partner's liability in case of concluding the deed of a limited partnership with an entrepreneur is important, *inter alia*, due to the fact that in the limited partnership divided partners into two categories, whose position is different (*inter alia* different responsibilities for the limited partnership 's obligations), and it is one of the constitutive features of this company.

In the first part of the article is an explanation of the general rules of liability for the company's obligations. The second part of the article describes the liability of the limited partners in the case of concluding a partnership agreement with an entrepreneur. The article explains the meaning of the following term: "entrepreneur leading a company in its own name and for its own account" and the conditions necessary to existence the liability of the limited partners by the virtue of section 116 of the Code of Commercial Companies.

**Key words:** Limited partner, limited partnership, Commercial Companies Code.